J. pract
178 d

Mehlen

178d

J: pract

Anleitung

zum

summarischen gerichtlichen Proceß

vom

Professor Mehlen

Berlin und Greifswald,
in der Langeschen Buchhandlung
1804.

Inhalt.

Einleitung.

Summarischer Proceß. §. 1.
In welchen Fällen solcher statt hat §. 2.
Bestimmter und unbestimmter Summ. Pr. §. 3.

I. Abschnitt. Von dem unbestimmten, oder regelmäßigen summarischen Proceß.

Von den Personen und der Verfahrungsart überhaupt. §. 4.
a) Verfahrungsart im vorbereitenden Theile. §. 5. 6.
b) —— — Beweistheile. §. 7. 8.
c) —— — entscheidenden und vollstreckenden Theile. §. 9.

II. Abschnitt. Vom bestimmten (unregelmäßigen) summarischen Proceß. Vom Mandatsproceß.

Mandatsproceß. §. 10.
Bedingtes, unbedingtes Strafmandat. §. 11.
Tit. 1. Vom unbedingten Mandatsproceß.
I) In welchen Fällen unbedingte Mandate statt haben. §. 12. 13.

II) Verfahrungsart.

α) Vom Kläger. §. 14.

β) Vom Beklagten. §. 15.

Verzögerlichen Einreden des Beklagten. §. 16.
Zerstörlichen Einreden — —— §. 17. 18. 19. 20.

Tit. 2. Vom bedingten Mandatsproceß.

In welchen Fällen bedingte Mandate erkannt werden, §. 21.
Verfahrungsart. §. 22. 23.

Tit. 3. Vom Executivproceß.

Executivproceß. §. 24.
Geschäfte, bei welchen er statt findet. §. 25.
Beschaffenheit der Urkunden. §. 26. 27. 28.
Eigenschaften des Klägers und Beklagten. §. 29.
Verfahrungsart. §. 30.
Richter. §. 31.
Ungehorsam der Parteyen. §. 32. 33.
Wenn beide Theile erscheinen. §. 34.
Recognition. §. 35.
Eidliche Abläugnung der Urkunden §. 36.
Zerstörliche Einreden des Beklagten. §. 37. 38.
Rechtsmittel. §. 39.

Tit. 4. Wechselproceß. §. 40.

III. Abschnitt. Von dem possessorischen Processe.

Verschiedene Arten des Besitzprocesses. §. 41.
Cumulation possessorischer und petitorischer Klagen §. 42.

Tit. 1. Possessorischer Proceß zur Erlangung des Besitzes.

Rechtsmittel, die hieher gehören. §. 43.

Tit. 2. Vom possessorischen Proceß zur Wiedererhaltung des Besitzes.

Von den hieher gehörigen Rechtsmitteln. §. 44.
Spolienproceß. §. 45.
Spolienklage. §. 46. 47.
Einrede des Spoliums. §. 48. 49.

Tit. 3.

Inhalt.

Tit. 3. Possessorischer Proceß zu Beybehaltung des Besitzes.

Die hieher gehörigen Rechtsmittel. §. 50.
Summar. und ordentl. poss. Proceß. §. 51.

a) summar. possessorischer Proceß. §. 52. 53.
v. Kläger und Bekl. §. 54.
v. der Klage. §. 55.
Verfahren §. 56. 57. 58.

b) ordentl. possessor. Proceß. §. 59.
Klage, §. 60.
weiteres Verfahren. §. 61.

IV. Abschnitt. Von dem Arrestproceß.

Vom Arrest. §. 62. 63.
Gerichtsbarkeit §. 64.
Zuweilen begründet der Arrest einen besondern Gerichtsstand. §. 65.
Nur gegen den Schuldner kann Arrest gesucht werden. §. 66.
Arrestbefehl §. 67.
Vom rechtmäßigen Arrest. §. 68.
Ursachen, um welcher willen Arrest erkannt werden kann. §. 69. 70.
Vom Arrestgesuch. §. 71.
Einrichtung des Arrestgesuchs. §. 72. 73.
Verfügung des Richters auf das Arrestgesuch. §. 74. 75. 76.
Rechtfertigung des Arrestes. §. 77.
Aufhebung des Arrestes. §. 78. 79.

V. Abschnitt. Von der Imploration u. Sequestration. (gehört zu den Zwischenhandlungen.)

Von dem Provocationsprocesse.

Aufforderung zur Klage. §. 80.

Tit. 1. Diffamationsproceß.

Von der Diffamation. §. 81.
Grundsätze. Fortsetzung. §. 82. 83. 84. 85.
streitende Partheyen, und Richter §. 86.

Pro-

Provocationsschrift. §. 87.
Verfügung des Richters. §. 88.

Tit. 2. Von d. Provocation ex L. si contendat.

Begriff. §. 89.
Grundsätze. §. 90.
Provocationsschrift. §. 91.
weiteres Verfahren. §. 92.

Tit. 3. Von der Provocation durch Edictal-Citation. §. 93.

VI. Abschnitt. Vom Rechnungsproceß.

Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung, §. 94. 95.
Rechnungsproceß §. 96.

Einleitung.

§. 1.

Summarischer Proceß.

Der Proceß ist überhaupt I) entweder ein bürgerlicher, oder peinlicher Proceß; II) ein petitorischer, oder possessorischer; III) ein ordentlicher, oder außerordentlicher, summarischer; und dieser ein bestimmter (unregelmäßiger), oder unbestimmter, (regelmäßiger). IV) Auch in Rücksicht auf das Gericht, bey welchem der Proceß geführt wird, kann der Proceß sehr verschieden seyn (1).

Bey dem ordentlichen Processe müssen nicht nur die wesentlichen Stücke des Processes, sondern auch die vorgeschriebenen Formalien, oder Feyerlichkeiten beobachtet werden. Hingegen bey dem außerordentlichen, oder summarischen Proceße (processus extraordinarius, siue summarius) beobachtet man bloß die wesentlichen Stücke des Proceßes. (substantialia, sive essentialia) 2) und man weicht von den, bey der Verhandlung einer Streitsache, der Regel nach zu beobachtenden Formalien ab, indem a) entweder die wesentlichen Stücke des Proceßes nicht in der gewöhnlichen Ordnung auf einander folgen; b) oder die gewöhnliche Verfahrungsart nicht beobachtet wird.

(1) Anders wird der Proceß geführt bey den höchsten Reichsgerichten; anders bey den höchsten Landesgerichten; anders bey Untergerichten, die mit besondern Proceßordnungen versehen sind. Man muß daher auf die Proceßordnungen eines jeden Gerichts, und auf den bey dem Gericht geltenden Gerichtsgebrauch sehen, inwiefern der Proceß bey denselben, entweder ein ordentlicher, oder summarischer; bestimmter, oder unbestimmter Proceß ist. z. B. ob der Consistorial-Proceß ein summarischer, ob er ein regelmäßiger, (unbestimmter) oder unregelmäßiger (bestimmter) summarischer Proceß sey? — So auch, ob der Kriegs-Proceß ein ordentlicher, oder summarischer Proceß seyn solle? — Eben so ist es bey den Licent-Accise-Consumtions-Post-Gerichten; — bey den Pfarr- und Pastorat-Gerichten.

(2) Die wesentlichen Stücke des Proceßes bestehen nach der gewöhnlichen Vorstellungsart darin, a) daß der Kläger dem Richter das Factum vorträgt; b) der Beklagte darauf antworte und dazu vorgeladen werde; c) daß dasjenige bewiesen werde, was vom Gegner geleugnet worden; d) daß die Sache entschieden und zur Vollstreckung gebracht werde — daß übrigens der Jurisdictions- und Legitimations-Punct seine Richtigkeit habe, wird bey jedem, auch bey dem summarischen Proceße, vorausgesetzt. Ludovici Civil-Proceß c. 7. §. 13. — Uber die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens, s. m. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Proceßes, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände. Erlang. 1801. 1. Bd. S. 316.

3) Im summarischen Proceße sieht man bloß auf die Handlungen, die zur Entscheidung der Sache hinlänglich sind.

§. 2.

In welchen Fällen der summarische Proceß statt findet.

Der Grund, warum der summarische Proceß eintritt, liegt I) in der Natur der Sache. — Ein kurzes, summarisches Verfahren findet daher statt wegen Geringfügigkeit der streitigen Sache (1); wegen Gefahr ihres Verzugs; (2) wegen Klarheit in ihrer Darstellung.

II) In einer gewissen Disposition; insofern entweder die gemeinen Rechte, oder besondere Landes-

Gesetze, oder die Parteyen, oder auch der Regent besondrer Umstände wegen, deshalb etwas bestimmt und festgesetzt haben.

Nach gemeinem Rechte hat ein summarisches Verfahren statt, in Alimenten Sachen, in Streitigkeiten über das Honorarium; in Vorbereitungs-Sachen (actio ad exhibendum); im Aufforderungs-Proceß; und nach canonischem Rechte in Kirchen-Sachen, wozu auch Ehesachen gerechnet werden; in Streitigkeiten über den Besitz (causae possessoriae). (3).

(1) Wenn nämlich die Sache geringfügig ist, und der ordentliche Proceß so viele Unkosten verursachen würde, als der Gegenstand des Streits beträgt. J. R. A. §. 112. — Welche Sachen als geringfügig anzusehen sind, bestimmen zuweilen die Proceß-Ordnungen.

(2) Z. B. wenn wegen Beerdigung der Leiche Streit entsteht.

(3) I. H. Böhmer Institut. I. can. 2. 1. § 5. H. G. O. 1. 2. §. 6. T. O. 2. 5. §. 2. H. G. O. 2. 12. §. 10. rec. n. 45. — Uebrigens können zum summarischen Proceß nicht alle summarische Sachen ohne Unterschied gezogen werden, sondern nur diejenigen, welche causae principales sind, und eine besondre Klage, Antwort, Beweiß, oder Bescheinigung, und Urthel erfordern; mithin können den summarischen Proceßen nicht bloße Incident Punkte, und Sachen der freywilligen Gerichtsbarkeit gerechnet werden. Incident-Punkte sind nur Accessoria eines Hauptprocesses. Ludovici Civil Proc. c. 7. §. 6. f. Brunnemann proc. civil. c. 12.

§. 3.

(Bestimmter und unbestimmter summarischer Proceß.)

Der summarische Proceß ist entweder ein bestimmter, oder unbestimmter. (processus summarius determinatus, siue *irregularis;* vel indeterminatus, siue *regularis*) nachdem die Gesetze den Lauf des Proceßes bestimmt haben, oder nicht.

I) Bey dem unbestimmten (regelmäßigen) summarischen Proceße folgen die wesentlichen Stücke des Proceßes, wie bey dem ordentlichen Proceße, in der gewöhnlichen Ordnung auf einander. (1) Nur wird die Sache summarisch und kurz verhandelt. Gewöhnlich wird ein Termin zum mündlichen Behör der Sache angesetzt. Es wird hier zuerst die Klage angebracht; es folgt die Antwort des Beklagten, es wird replicirt und duplicirt. Was geleugnet ist, muß bewiesen werden. Endlich folgt die Sentenz und deren Vollziehung. Das ganze Verfahren ist also kurz, aber doch regelmäßig.

Der unbestimmte summarische Proceß ist entweder ein einfacher, oder zusammengesetzter. Zu diesem gehört der Concurs- und Rechnungs-Proceß. Sie sind zusammengesetzt, insofern hier mehrere Streitsachen zugleich verhandelt werden.

II) Zu den bestimmten, (unregelmäßigen) summarischen Proceßen gehört der Executiv-Proceß im allgemeinen Verstande: Es wird hier der Beweiß zugleich mit der Klage verbunden. Die wesentlichen Stücke des Prozeßes folgen also nicht in der gewöhnlichen und natürlichen Ordnung auf einander.

Zu diesem Executiv-Proceß im allgemeinen Verstande, der seinen besonders bestimmten Lauf, und seine eigene bestimmten Regeln hat, gehört der Mandats- Wechsel- und eigentliche sogenannte Executiv-Proceß (2).

(1) Der unbestimmte summarische Proceß wird auch sonst der eigentliche summarische Proceß genannt; imgleichen ein ungenannter summarischer Proceß (innominatus).

natus). In demselben wird die Streitsache bloß mit Rücksicht auf die wesentlichen Theile des Proceßes, und in der gewöhnlichen Ordnung abgehandelt. Brunnemann proc. civ. c. 1. n. 24.

(2) Eine summarische Sache, bey welcher mit der Execution angefangen werden kann, wird executivisch genannt, und via executiva, oder processu executivo erörtert. Mit der Execution anfangen, heißt hier, dem Beklagten unverhört gleich auf die Klage anbefehlen, daß er etwas thun, oder lassen solle. Cramer Obs. 121. §. 2. — H. G. O. 2. 2. §. 4. R. Deput. Absch. 1600. §. 31.

I Abschnitt.

Von dem unbestimmten, oder regelmäßigen summarischen Proceß.

§. 4.

Von den hier vorkommenden Personen und der Verfahrungsart überhaupt.

Was A) die in dem regelmäßigen, oder unbestimmten summarischen Proceß vorkommende Personen betrift, so finden in Ansehung des Richters, (1) der streitenden Theile, (2) Procuratoren und Advocaten, und andrer Personen eben dieselben Grundsätze statt, die bey dem ordentlichen Proceß eintreten. Werden diese vernachläßigt, so ist das Verfahren unheilbar nichtig.

B) In Rücksicht auf die Verfahrungsart sind bey dem regelmäßigen summarischen Proceße, alle wesentliche Stücke des Proceßes zu beobachten; und selbige folgen in einer natürlichen Ordnung auf einander. Es wird also die Klage angebracht; es folgt die Vorladung zur Einlassung; (3) es wird über die Klage verfahren, und der Krieg befestigt; auch replicirt und duplicirt; Beweiß und Gegenbeweiß geführt; es folgt die Sentenz und deren Vollstreckung. Auch die Legitimation zur Sache und zum

zum Proceß ist hier eben so wesentlich und nothwendig, als im ordentlichen Proceß.

(1) Es muß also in Ansehnng der Fähigkeit des Richters und dessen Competenz nichts zu erinnern seyn.

(2) Diese werden im summarischen Proceß nicht Kläger und Beklagte, sondern Implorant und Implorat genannt, und müssen, wie im ordentlichen Proceß fähig seyn, zu proceßiren.

(3) Die Vorladung kann mündlich, oder schriftlich geschehen. Bey den Obergerichten geschieht sie gewöhnlich schriftlich. Die Abfassung und Einhändigung der Ladung hat in dieser Proceßart nichts eigenes.

§. 5.

a) Verfahrungsart im vorbereitenden Theile.

Das Verfahren in dem vorbereitenden Theile des unbestimmten, regelmäßigen, summarischen Proceßes ist nach der K. H. G. O. 2. 2. §. 12. — 16. folgendes:

I) Auf die eingebrachte Klage, (Imploration) wird ein Termin zum Vorbescheide, d. i. zum Behör der Sache und zum Versuch der Güte angesetzt, und dem Beklagten wird mit der Ladung die Klage abschriftlich mitgetheilt (1).

II) Der gewöhnliche Termin ist eine Zeit von 3 Wochen; (2) bey Untergerichten gewöhnlich eine Zeit von 14 Tagen.

III) In dem Termin erscheinen beyde Partheyen gewöhnlich mit ihren Advocaten, letztere werden jedoch bey Untergerichten, in geringfügigen, oder sonst klaren Sachen nicht zugelassen (3).

IV) Wenn einer von den beyden streitenden Theilen im Termin ungehorsam ausbleibt, so treten dieselben Vor-

schrif-

schriften vom Ungehorsam ein, die im ordentlichen Proceß zur Richtschnur dienen. Von der Strafe des Ungehorsams befreiet also auch hier eine gerechte Ursache, die der ausgebliebene Theil für sich anführt. Zu den rechtmäßigen Entschuldigungs-Ursachen gehören Ehehaften, und Ferien. Indessen müssen einige summarische Sachen auch in den Ferien betrieben werden; nämlich solche, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist: Verlängerungen der Fristen können aus rechtmäßigen und bescheinigten Ursachen gesucht und ertheilt werden.

(1) An sich kann die Klage schriftlich, oder mündlich angebracht werden. Bey dem K. Hofgericht und Consistorio wird sie gewöhnlich schriftlich angebracht. Hat eine Partey keinen Sachwald, so wird ihre Klage zu Protocoll genommen.

Die Bitte der Klage kann kurz und allgemein abgefaßt werden, wenn die Absicht des Klägers schon aus der Klage, oder den vorgetragenen Thatumständen und dem Rechtsgrunde von selbst erhellet. Wenn also schon in der Klage angeführt ist, daß der Kläger eine bestimmte Summe zu fordern habe, so ist es hinlänglich, wenn er bittet, daß der Richter den Beklagten zur Zahlung anhalten möge.

(2) Entfernteren in der Provinz ist ein Termin von 4 Wochen gesetzt. — Denenjenigen, die außer der Provinz sich befinden, ist nach richterlichem Ermessen ein hinlänglicher Termin zu setzen. H. G. O. 2. 6. §. 2. rec. n. 57.

(3) s. des Verf. Anleitg. z. ord. Proc. §. 132.

§. 6.

Fortsetzung.

Wenn V) die Audienz eröfnet und den Parteyen die Erlaubniß ertheilt worden ist, ihren Vortrag zu Protocoll zu geben, so giebt zuvörderst der Beklagte seine Antwort auf die ihm mitgetheilte Klage zu Protocoll, und bringt seine Einreden vor (1). — Will er seinen Vortrag, zur Ersparung der Zeit, nicht mündlich zu Protocoll dictiren, sondern einen schriftlichen, statt mündlichen

lichen Receß überreichen, so steht ihm solches frey, und der schriftliche Aufsatz wird sodann von dem Secretair vorgelesen.

VI) Hierauf replicirt der Kläger; und der Beklagte duplicirt, oder bezieht sich bloß auf seinen Exceptions-Satz, wofern nicht die Replic des Klägers etwas enthält, was eine ausführliche Antwort erfordert.

VII) Mit der Duplic schließt sich in der Regel das ganze Verfahren (2). Doch kann der Richter von einer oder der andern Partey über das, was noch dunkel ist, eine nähere Erläuterung, und darüber des Gegners Antwort fordern (3).

VIII) Jede Partey muß im Termin, — wenn es nicht schon vorher geschehen ist, — alle Urkunden und Documente überreichen, mit welchen sie ihre Behauptung, (Intention) beweisen will (4).

IX) Ist der Streit (status Causae) auf solche Art so genau, als möglich bestimmt, und ins Licht gesetzt, so wird vom Gericht nach Befinden die Güte versucht. Der Richter macht zu dem Ende billige Vergleichs Vorschläge (5). Die Advocaten müssen sodann abtreten und mit jeder Partey wird zuvörderst einzeln, in Abwesenheit der andern Partey, die Güte versucht. Es werden ihr zu diesem Ende die ihrer Forderung, oder ihren Ansprüchen entgegenstehende Gründe vorgelegt, um sie zur Annahme der Vergleichsvorschläge zu bewegen.

X) Ist die Güte in dem angesetzten Termin erreicht, so werden die verglichenen Punkte zu Protocoll dictirt. — Verlangt eine Partey noch eine kurze Frist, um die Vorschläge noch weiter zu überlegen, so wird ihr solche bewilliget. — Wird im Termin die Güte nicht erreicht,

so

so giebt das Directorium die gemachten Vergleichs-Vorschläge zu Protocoll, und was die Parteyen darauf geantwortet haben. — Wer billige Vergleichs-Vorschläge verwirft und durch das künftige Urthel nicht mehr erhält, als was ihm bey dem Vergleich angebothen wurde, der soll, als ein temerarius litigator in die Kosten vertheilt werden. —

Bey nicht erreichter Güte werden die Parteyen entlassen und es wird ihnen ein Abschied (Urthel) versprochen, welcher hierauf in kurzer Zeit zu erfolgen pflegt (6). Der Abschied kann ein End- oder Bey-Urthel seyn (7).

(1) Eine feyerliche Litiscontestation ist nicht erforderlich; wohl aber eine deutliche und bestimmte Antwort auf die Klage. Erfolgt diese nicht, so kann und muß der Richter, als Director des Proceßes, eine genauere und bestimmtere Erklärung verlangen H. G. O. 2. 2. §. 12.

In dem regelmäßigen, oder unbestimmten summarischen Proceß, sind übrigens, wie im ordentlichen Proceß alle Einreden, sowohl verzögerliche, als zerstörliche, zuläßig.

(2) Das ganze Verfahren über die Klage ist also sehr kurz und wird in einem einzigen Termin beendiget, so daß nach versuchter Güte, sofort die Sentenz gesprochen werden kann.

(3) H. G. O. 2. 2. 12. am Ende. — In Ansehung des Richters ist das Verfahren nicht geschlossen.

(4) H. G. O. 2. 2. 12. in der Mitte. —

(5) H. G. O. 2. 2. 14.

(6) Bis zur ordentlichen Juridic darf die Sentenz nicht ausgesetzt werden. H. G. O. 2. 2. 15. rec. 1737. n. 46.

(7) Das Beyurthel tritt besonders ein, wenn zuvörderst ein gewisser Punkt zu berichtigen, oder auf Beweiß zu erkennen ist.

§. 7.

6) Das Verfahren in dem Beweißtheil des Proceßes.

Der Beweiß, bey welchem nebst den wesentlichen Regeln der Beweißführung, auch die gesetzlichen Förmlich-

lichkeiten beobachtet werden, nennt man **Beweiß** im strengen Verstande. (probatio solennis) Wenn hingegen bloß die wesentlichen Regeln der Beweißführung beobachtet, die gesetzlichen Förmlichkeiten aber bey Seite gesetzt werden, so nennt man es **Bescheinigung.** (demonstratio, probatio minus solennis). Die letztere hat Grade (1).

Nach canonischem Rechte (2) sind auch bey dem summarischen Proceße die nöthigen Beweise erforderlich. Nicht jede Bescheinigung ist hinlänglich. Die wesentlichen Stücke des Beweises und der Beweißführung müssen auch bey dem unbestimmten (regelmäßigen) summarischen Proceße beobachtet werden. Nur von den unwesentlichen Förmlichkeiten der Beweißführung mehr, oder minder abzugehen, ist dem Richter erlaubt. Es muß daher I) auch der **Beweißtermin** im unbestimmten summarischen Proceß genau beobachtet werden. II) **Einreden** gegen die Zuläßigkeit des Beweises, so wie er angetreten wurde, sind Vertheidigungsmittel, welche den Parteyen nicht entzogen werden dürfen. (3) Privaturkunden ohne Recognition, oder unfähige Zeugen, können im unbestimmten summarischen Proceß nicht beweisen. Parteyen sind daher befugt, durch Einreden gegen die Zuläßigkeit des Beweises (exceptio testis inhabilis; exceptio documenti indiscreti) ihre Rechte zu vertheidigen.

Ist III) der Beweiß angetreten, so muß dem Gegner davon Nachricht ertheilt und ein Termin zur Vollführung des Beweises angesetzt, und so die Antretung und Vollführung des Beweises von einander abgesondert werden, denn der Product kann seine Rechte nicht vertheidigen, wenn ihm keine Nachricht von der Beweißantretung gegeben worden ist. Sie ist also auch im summa-

rischen Proceße, als das einzige Mittel zum Zweck, worauf der Product ein volles Recht hat, nicht zu übergehen, IV) Einreden gegen die Glanbwürdigkeit der Zeugen sind zuläßig.

Der Richter darf V) von Amtswegen kein Beweißmittel gebrauchen, (den Augenschein abgerechnet) mithin keinen Zeugen von Amtswegen abhören, der ihm nicht von den Parteyen, als Mittel des Beweises, oder Gegenbeweises benannt wurde.

VI) In Ansehung des vollkomnen und unvollkomnen Beweises, des Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides ist zwischen dem ordentlichen und unbestimmten summarischen Proceße kein Unterschied. Auch bey dem unbestimmten summarischen Proceße werden zwey glaubwürdige Zeugen zu einem vollen Beweise erfordert (4).

(1) Es giebt unbeeidigte Aussagen der Zeugen; Abschriften. Allein sie sind nicht hinreichend bey dem unbestimmten summarischen Proceße.

(2) Clementina 2. de V. S.

(3) Clement. 2. de V. S.

(4) Gönners Erörterungen. S. 256.

§. 8.

Fortsetzung.

Nach den Pommerschen Landes-Gerichts-Ordnungen wird der Beweiß in dem summarischen Proceße eben so, wie in dem ordentlichen Proceße geführt; mithin auf eine künstliche, oder natürliche Art. Ein summarischer Beweiß, oder eine Bescheinigung (probatio minus solennis) (1) ist der Regel nach nicht hinlänglich.

Ist also bey der Behauptung des Klägers, oder Beklagten etwas vorgebracht, welches auf die Entscheidung

dung der Sache Einfluß hat, und noch erwiesen werden muß, so wird mit Vorbehalt des Gegenbeweises auch Beweiß erkannt. Es wird daher ein kurzer peremtorischer Termin von 4 Wochen zur Beweißführung angesetzt (2).

Binnen dieser Frist muß der Beweißführer, wenn er durch Zeugen beweisen will, seine Beweißartikel einreichen, und diese werden dem Gegner zur Abfaßung der Fragstücke mitgetheilt. (3) Nach geführtem Beweise und Gegenbeweise wird, nach geschehener Vorladung, der Zeugen Rotel publicirt, und beyden Theilen communicirt. Deductionen aus dem Zeugen Rotel haben nach dem Hofgerichtlichen und Consistorial Receß von 1798. in der Regel nicht statt; jedoch ist die Einrede gegen die Personen und Aussagen der Zeugen zuläßig. (4) Inzwischen sind die Deductionen aus dem Zeugen Rotel nicht für schlechthin verboten zu achten; sondern es ist nach dem Hofgerichtl. Visitat. Receß von 1798. n. 54. (per verba: „deren Deductions-Schriften nicht erfordert worden:“) dem Ermessen des Richters überlassen worden, jedesmahl über deren Zuläßigkeit zu erkennen und im erforderlichen Fall solche Deductionen zu verstatten. Nur bey der Beweißführung der Einreden in Executiv-Proceß sind nach dem Hofger. Vis. Rec. 1798. n. 42. die Rotular-Deductionen schlechthin verboten; welches Verbot nicht nöthig gewesen seyn würde, wenn schon im ordentlichen Proceß dergleichen Deductionen überall ohne Ausnahme für unzuläßig hätten erklärt seyn sollen.

(1) In Ansehung der Bescheinigung heißen die Partheyen, Demonstrant und Demonstrat. Diese Benennung kommt bey hiesigen Gerichten nicht vor; weil ein ordentlicher Beweiß erforderlich ist. — H. G. O. 2, 2. §. 12. — 17. — Von dem Unterschied zwischen Beweiß und Bescheinigung wußten auch die Römer nichts. Sie verlangten jedesmahl einen vollkommnen Beweiß. Struben 2. Bd. 99.

(2) Bey Untergerichten pflegt der Beweißtermin kürzer zu seyn und auf 14 Tage bestimmt zu werden.

(3) Soll der Beweiß durch Urkunden geführt werden, so müssen die Originalien der Urkunden, in dem angesetzten Productionstermin vorgezeigt werden; jedoch eben nicht bey Verlust derselben. Schaumburg prax. L. 2. c. 1. §. 9. not. 2. — Von verlohrnen Urkunden, s. m. Struben 2. Bed. 99. Helwig de amissione instrumentorum. Müller ad Leyser spec. 282.

(4) Ueber die Kraft des geführten Beweises hat kein Verfahren statt. Aber Einreden gegen die Personen der Zeugen und deren Aussagen, sind als Vertheidigungs-Mittel zuläßig.

§. 9.

e) Weiteres Verfahren.

In dem entscheidenden und vollstreckenden Theile des unbestimmten summarischen Proceßes wird eben so, wie im ordentlichen Proceß verfahren und es treten hier dieselben Grundsätze ein, die im ordentlichen Proceße statt finden.

Ist also I) der Beweiß und Gegenbeweiß geführt, und sind nach Publication der Roteln, die Einreden gegen die Personen der Zeugen und deren Aussagen, wie auch die Salvationsschriften zu den Acten gebracht, so wird die Definitiv-Sentenz gesprochen und den Parteyen, oder deren Procuratoren zugestellt. Eine feierliche Publication der Sentenz fällt weg. (1) Die Definitiv-Sentenz ist entweder a) eine condemnatorische, wenn des Klägers Behauptung, (Intention) eingestanden, offenbar, oder hinlänglich bewiesen ist, hingegen des Beklagten Einreden in den Rechten nicht gegründet, oder unerheblich erscheinen. — oder b) eine absolutorische, wenn des Beklagten Einreden erheblich, mithin den Klaggrund ganz, oder zum Theil aufheben, und eingestanden,

oder

oder sofort durch glaubliche Documente genugsam erwiesen worden; oder des Klägers Anbringen nicht eingestanden, und nicht erwiesen worden, daneben kein Beweiß mehr beybringlich, oder vorbehalten ist.

II) Gegen die Sentenz können alle an sich zuläßige Rechtsmittel eingewandt werden. Denn sie dienen zur Vertheidigung und gehören nicht zu den Feierlichkeiten des Proceßes. (2) Bey dem Gebrauch dieser Rechtsmittel ist der Regel nach alles das zu beobachten, was bey denselben im ordentlichen Proceß zu beobachten ist (3).

Ist III) die Sentenz rechtskräftig geworden, so wird zur Execution geschritten, wenn solche erforderlich seyn sollte; bey welcher alles beobachtet wird, was bey der Execution im ordentlichen Proceß zur Norm dienet.

Uebrigens finden IV) bey dem summarischen Proceße ebenfalls Gegenklagen, Litis Denunciationen und Interventionen statt.

(1) Es wird kein Termin zur Publication der Sentenz angesetzt, und es geschiehet keine Publication. Statt derselben wird die Sentenz den Parteyen zugesandt. Die Feierlichkeiten des ordentlichen Proceßes sind hier remittirt und die Sache wird auf dem möglichst kürzestem Wege zur Endschaft befördert.

(2) Mev. 2. D. 366. 3. D. 237.

(3) Mev. 2. D. 366.

II Abschnitt.

Vom Mandats-Proceß.

§. 10.

Mandats-Proceß.

Zu dem bestimmten, (unregelmäßigen) summarischen Proceß gehört der Mandats- eigentliche Executiv- und Wechsel-Proceß, bey welchen mit der Klage zugleich der Beweiß beygebracht wird.

Der Mandats-Proceß ist ein bestimmter, (unregelmäßiger) summarischer Proceß, worin der Kläger sofort den Grund seiner Klage, oder Forderung bescheiniget, und der Richter sogleich auf die Klage, — ohne den Beklagten vorgeladen und gehört zu haben, — an letztern einen Befehl (Mandat) ergehen läßt, seine Verbindlichkeit zu erfüllen und den Kläger klaglos zu stellen (1). Der Kläger, welcher um ein Mandat nachsucht, heißt Implorant, Impetrant, der Beklagte hingegen Implorat, Impetrat. Bey einigen Gerichten heißen die Parteyen Supplicanten und Supplicaten; (2) oder auch schlechtweg Kläger und Beklagte (3).

(1) Befehle, welche nicht sogleich auf die Klage, sondern in einer bereits anhängigen Sache beyläufig ertheilt werden, sind

sind hier nicht zuverstehen. Indessen machen sie keine besondere Gattung aus. Z. B. geschärftere Befehle die Acten einzusenden; die während des Proceßes unternommene Neuerung abzustellen; Executions-Befehle. T. O. 3. 1. §. 3. 4 Claproth summ. Proc. §. 9. S. 57.

Der Mandats-Proceß hat seinen Namen vom Mandat; d. i. dem Befehl des Richters, durch welchen dem Beklagten, der noch nicht vorgeladen und gehöret worden ist, sofort auf die Klage auferlegt wird, den Kläger klaglos zu stellen.

Das Mandat unterscheidet sich daher von der richterlichen Sentenz. Denn diese setzt immer eine Ladung des Beklagten voraus. Ist der Beklagte noch nicht vorgeladen worden, so kann er auch nicht durch eine Sentenz condemniret werden. Denn die Citation des Beklagten ist ein wesentliches Stück des Proceßes. Fehlt selbiges, so ist der ganze Proceß, mithin auch die gesprochene Sentenz, nichtig. Coch prax. 4. 41. 43. Mev. 3. D. 112.

Hingegen ein Mandat wird auf einseitiges Ansuchen erkannt, ohne den Beklagten zuvor zu citiren und zu hören. Dies ist etwas außerordentliches, unregelmäßiges; und eine Ausnahme von der Regel, die nur dann statt findet, wenn die Klage so klar, und gegründet ist, daß es nicht nöthig ist, den Beklagten darüber zuvor zu hören. Ein solcher Befehl wird nicht rechtskräftig; jedoch für rechtskräftig gehalten, wenn kein weiteres Rechtsmittel dagegen statt findet. ab Engelbrecht Obs. III. not. 9. S. 622.

(2) T. O. 2. 6. §. 1.

(3) Z. B. bey dem Reichs-Camm. Gericht. Estors summar. Proceße. (1746) §. 392.

§. 11.

Bedingtes und unbedingtes Mandat.

Das Mandat ist ein bedingtes, oder unbedingtes. Ein bedingtes Mandat, (Mandat mit der justificatorischen Clausel; verclausulirtes Mandat; mandatum cum clausula justificatoria) ist, wenn dem Beklagten auferlegt wird, den Kläger klaglos zu stellen, oder vor Ablauf einer bestimmten Frist, die Ursachen anzuführen, warum er dazu nicht verbunden sey; d. i. warum er

nicht verpflichtet sey, dasjenige zu leisten, was der Kläger von ihm fordert (1).

Ein unbedingtes Mandat, — mandatum sine clausula, scil. justificatoria — ist, wenn dem Beklagten schlechterdings auferlegt wird, den Kläger klaglos zu stellen.

An sich betrachtet kann dem Beklagten etwas unter Androhung einer gewissen Strafe anbefohlen werden, obgleich dies nicht zum Wesen des Mandats gehört. Das Mandat ist daher poenale, oder non poenale. Ein Strafbefehl, (mandatum poenale) ist das, in welchem dem Beklagten bey einer bestimmten Strafe auferlegt wird, den Kläger klaglos zu stellen. Ein mandatum non poenale ist dasjenige Mandat, worin dem Beklagten bloß auferlegt wird, den Kläger klaglos zu stellen, ohne ihn mit einer Strafe zu drohen. Die angedrohete Strafe ist gewöhnlich eine bestimmte Geldstrafe; bey Unzahlungsfähigen, Unvermögenden aber eine Gefängnißstrafe. Bey dem Reichs-Cammer-Gericht und dem K. Tribunal werden unbedingte Strafbefehle erlassen (3).

(1) Stryck U. M. Pand. 431. §. 3. Pet. Friderus de processib. mandatis et monitoriis. Frcf. 1660.

T. O. 2. 6. §. 1. „Wenn Jemand seine Behauptung (Intention) oder Gesuch sofort mit einer richtigen Verschreibung (oder Urkunde) zu belegen hat, so soll, wenn sie von einem bey unserm Obergerichte immatriculirten Notario vidimirt übergeben wird, und das Gesuch darin gegründet ist, dem Gegner sub clausula mandirt werden, den Kläger (Supplicanten) klaglos zu stellen, oder auch in 6 Wochen (bey dem K. Hofgericht: in 3 Wochen; bey Untergerichten: in 14 Tagen) die Einreden einzubringen, die er dagegen haben möchte." — Der bedingte Befehl enthält den ausdrücklichen Anhang: entweder zu gehorsamen, (den Kläger zu befriedigen) oder sich zu rechtfertigen. (Die Verweigerungsursachen dagegen vorzubringen). Dies wird die clausula justificatoria ge-

genannt. Sind dem Mandat diese Rechtfertigungsworte (die Clausel, sich zu rechtfertigen) nicht angehängt, sondern weggelassen, so ist es ein Mandat ohne Clausel. In diesem Fall ist er nicht befugt, die Gerechtigkeit seines Facti zu vertheidigen. Es steht ihm aber frey, die Wahrheit des vom Kläger vorgetragenen Facti anzufechten und zu zeigen, daß das Factum nicht richtig vorgestellt ist. Z. B. daß Kläger schon befriediget sey, durch Zahlung, Compensation; daß der ausgestellte Wechsel nicht seine Hand sey; (Estor sum Proc. §. 421). daß mithin das Mandat nicht habe erkannt werden können. d. i. daß es erschlichen sey. (exc. sub et obrept.)

2) Unbedingte Mandate enthalten nach der Reichs-Cammergerichtlichen Praxi auch die Auflage: „oder aber erhebliche beständige Ursachen, . . . warum solche Erklärung nicht geschehen solle, dagegen in Rechten vorzubringen. Coch. praxis. im Anhange S. 21. In der K. T. O. 2. 6. §. 7. ist eine ähnliche Formel angeführt: „oder auch die Ursachen, warum das Mandat nicht zu erkennen, und die Declaration nicht ergehen möge, vorzubringen.“ — Allein dieser Anhang macht das Mandat nicht zu einem bedingten. Denn hiedurch wird dem Beklagten nicht frey gelassen, sich zu rechtfertigen, wenn das Factum sich so verhält, wie es vom Kläger vorgetragen worden. Die Clausel heißt daher nicht: „oder aber erhebliche Ursachen vorzubringen, warum ihr diesem Befehl nachzukommen euch nicht verbunden achtet,“ und dergleichen; sondern es heißt bloß: warum solche Erklärung nicht geschehen solle: „oder: „warum das Mandat nicht hätte erkannt werden sollen.“ Dieses letztere versteht sich von selbst, wenn es auch nicht ausdrücklich in dem Mandat gesagt wird. Moser Reichs-Hofr. Proceß I. Th. S. 9. Textor ad R. I. N. Disputat. 7. Coch prax. 4. S. 4. 42. §. 7. Estor summ. Proc. §. 365. 2. 415. S. 364. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens. Gießen 1800. §. 335. S. 396.

In dem Mandat kann übrigens dem Beklagten eine Handlung anbefohlen und gebothen, oder untersagt und verbothen, oder eine schon geschehene Handlung wieder aufgehoben werden. Ein Mandat kann daher seyn bey dieser unrichtigen Vorstellung des Facti ein gebietendes (mandatum praeceptivum) ein verbietendes. (inhibitorium) oder ein aufhebendes. (revocatorium, siue cassatorium).

(3) T. O. 2. 6. §. 7. Coch prax. 4. S. 42.; und 1. c. 1. de Jurisdict. §. 28. S. 24.

Bey dem Reichshofrath werden nur Rescripte erlassen; d. i. mandata non poenalia. Der Mandats-Proceß heißt da-

her Rescripts-Proceß, und die Rescripte sind entweder Rescripta cum clausula, vel sine clausula.

Tit. 1.

Vom unbedingten Mandats-Proceß.

---

§. 12.

I) In welchen Fällen unbedingte Mandate statt haben.

Nach der Natur der Sache und den Gesetzen ist es immer eine Ausnahme von der Regel, wenn der Richter sogleich auf die Klage, und ohne noch den Beklagten gehört zu haben, diesen schlechterdings und ohne Widerrede etwas zu leisten, zu thun, oder zu unterlassen auferlegt, und ihn verurtheilt (1).

In den Reichs-Gesetzen und der K. G. O. (2. 6. §. 10.) werden folgende vier Fälle, als Beyspiele (2) genannt, in welchen hauptsächlich unbedingte Befehle erlassen werden sollen:

I) Wenn eine Handlung unternommen worden, oder unternommen werden soll, welche schon an und für sich selbst nach den Gesetzen (von Rechts- oder allgemeiner Gewohnheit wegen) verbothen ist, und welche, sobald sie begangen worden, auch ohne ein weiteres rechtliches Erkenntniß für strafbar und unrechtmäßig zu halten (3).

II)

II) Wenn durch die eingeklagte Handlung, oder Sache, dem Kläger, der um Erlassung des Mandats bittet, eine solche Beschwerde zugefügt werden soll, die nach begangner That nicht in den vorigen Stand gesetzt werden kann, mithin einen unersetzlichen Nachtheil bey sich führt (4).

III) Wenn die eingeklagte Handlung, oder Sache dem gemeinen Besten zuwider ist oder die allgemeine Ruhe und Sicherheit stört, oder sonst dem Publico schädlich ist; (5) oder

IV) keinen Verzug leidet (6). Indessen können.

V) auch in andern Fällen, — in welchen vermöge der gemeinen Rechte a praecepto ohne vorhergehendes Erkenntniß, mithin ohne vorhergehende Untersuchung und Gehör angefangen werden mag, — unbedingte Mandate erlassen werden (7).

(1) T. O. 2. 6. §. 7. 10. H. G. O. 2. 5. §. 7. 2. 2. §. 8.

(2) Concept der R. C. G. O. 2. 25. §. 2. „Dieweil nicht möglich, alle Fälle unterschiedlich zu erzählen, auf welche unbedingte Mandate erkannt werden mögen etc." — Mev. 7. D. 21. n. 2. 6. D. 156. n. 4. Coch praxis 4. S. 43. und 1. S. 25. §. 28. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 2. 35.

(3) Zu solchen gesetzwidrigen Handlungen gehört, wenn Jemand einen andern in seinem ruhigen Besitz beunruhigen, aus seinem Hause werfen, dessen Vieh todt schießen, dem andern die öffentliche Landstraße verbieten will; imgleichen wenn Jemand eine klare und richtige Schuld nicht bezahlen, oder andre klare Verbindlichkeiten nicht erfüllen will.

(4) Z. B. Wenn Jemand durch einen Deich-Damm durchstechen, alte Gränzbäume, oder einen noch nicht haubaren Wald umhauen wollte.

(5) Wenn Jemand z. B. beißende Hunde, oder andre dergleichen schädliche Thiere hält und herumlaufen läßt; wenn Jemand crepirtes Vieh unverscharret liegen läßt; wenn Jemand zur Zeit der in der Nachbarschaft grassirenden Viehseuche, das dorten in der Irre gehende Vieh, oder eine Giftfangende Materie daher kommen läßt. Wenn Aufruhr, oder Thätlichkeiten zu besorgen.

(6) d. i. Wenn keine Zeit vorhanden ist, die Sache zu untersuchen, sondern während der Untersuchung das unerlaubte Factum geschehen könnte, oder die Unterlassung einer Handlung böse Folgen haben würde. Z. B. wenn ein Todter unbeerdigt liegen bleiben soll; wenn einem Hülflosen Alimente versagt werden.

(7) C. G. O. von 1555. 2. Th. Tit. 2. 3. T. O. 2. 6. §. 10. — Dahin gehört: 1) wenn Jemand auf öffentlichen Straßen, oder Oertern, ohne öffentliche Erlaubniß etwas bauet; 2) daß dasjenige, was Bittweise (precario) verstattet worden, aufgehoben werde. 3) daß der von des Nachbars Grund und Boden auf mein Gebäude herüber ragende Baum von der Wurzel aus weggeschaft, oder wenn der Baum an meinem Garten, Acker oder Wiese steht, auf 15 Fuß hoch abgekürzt werde, und nur eine Höhe von 15 Fuß behalte. 4) Wenn über eine Neuerung im Bauen, oder Niederreißen geklagt wird, hat ein unbedingter Befehl so lange statt, bis hinlängliche Caution bestellet wird, daß auf allen Fall alles in den vorigen Stand gesetzt werden soll. 5) Ein unbedingter Zahlungsbefehl wird mit Recht erbeten, auch gerichtlich confirmirte Schuldverschreibungen; wenn die Verschreibung bey der Confirmation vorgelesen, und genehmiget, dieses auch in der Confirmations Urkunde gerichtlich bezeugt ist. Dieser gerichtlichen Anerkennung ist eine vor einem immatriculirten Notarius und zwey Zeugen gehörig ausgestellte, vorgelesene, erklärte und genehmigte Verschreibung, in Ansehung eines zuerkennenden Zahlungs-Mandats, gleich zu achten. Denn die Thatsachen beruhen auf ein völlig bewiesenes Bekenntniß, und was daraus rechtmäßig gebeten wird, ist unstreitigen Rechtens. Hätte der Beklagte eben so klare Einreden (z. B. der Zahlung, Compensation) so kann er solche durch die Einrede der Erschleichung beybringen. Bey privat Schuldverschreibungen, die noch nicht recognoscirt sind, werden bedingte Mandate erkannt. Claproth summar. Proc. §. 9. S. 49.

§. 13

§. 13.

Fortsetzung.

Die allgemeine Regel ist daher diese: Ein unbedingtes Mandat kann nur in liquiden und gegründeten Klagsachen erlassen werden, (1) wenn nämlich der Kläger nicht nur von seiner Seite ein unwidersprechliches Recht, sondern auch zugleich eine Handlung, (oder Unterlassung) des Beklagten bescheiniget, durch welche dieses Recht offenbar verletzt wird, und welche auch durch keine denkbare Einreden vertheidigt werden kann, (2) sondern vielmehr in den Rechten verboten ist.

Der Kläger muß daher die bey der Klage zum Grunde liegenden erheblichen Thathandlungen hinlänglich bescheinigen, und es muß aus diesen Thatsachen hervorgehen, daß die Klage gegründet, und dem Beklagten, wenn das Factum richtig vorgetragen ist, keine Einreden dagegen zustehen können.

Uebrigens sollen wider die Königl. Regierung und Gerichte keine unbedingte Befehle erkannt werden, wenn das vorgetragene Factum nicht glaubwürdig bescheinigt ist (3).

(1) Co h prax. 4. S. 43. Mev. 2. D. 313. n. 2. 4 D. 372. Schilter Exercitat. ad Pand 47. de interdictis §. 5. „mandata S. C. in iis demum causis alias ad interdicta pertinentibus decernuntur, quae manifesti juris ratione et notorietate facti, veluti pignoratione manifeste injusta nituntur. ab Engelbrecht Obs. 39. not. 5. S. 176. und O. 93. not. 12. S. 256. — durch Bescheinigung wird hier also ein hinlänglicher Beweiß der Thatsachen verstanden, die bey der Klage zum Grunde liegen. Dieser Beweiß muß der Regel nach durch öffentliche Original Urkunden, sogleich bey Anbringung der Klage geführt werden.

Unbedingte Mandate sollen daher nach der K. T. O. 2. 6. §. 5. und 10. statt haben, „wenn die Sache so klar und

und offenbar ist, daß dabey gar kein Zweifel obwaltet, sondern solche bloß auf Execution, oder auf solche Urkunden beruht, welche die Execution ohne Zweifel mit sich führen, und auf welche nach den Rechten von einem Mandat angefangen werden kann. Z. B. der Beklagte ist dem Kläger auf eine klare und richtige Handschrift 200 rthlr. schuldig; bezahlt aber nicht nach verfloßener Zahlungsfrist; so begeht er eine That, die den Rechten zuwiderläuft. Der Richter kann daher dem Beklagten, ungehört und schlechthin anbefehlen, die Zahlung zu leisten. — Ist das Factum unrichtig vorgestellt, so hat der Beklagte die Exc. sub et obrept. z. B. er kann die Quitung produciren, daß Kläger bezahlt ist; die Compensation war eingetreten; der Wechsel war nicht von ihm ausgestellt.

Urkunden müssen daher in der Urschrift beygelegt werden, und diese müssen nicht solche Urkunden seyn, welchen es an Beweißkraft fehlt. Claproth summarischer Proc. §. 10.

Privaturkunden sind der Regel nach nicht hinlänglich. *Mev.* 3. D. 179. *Fridericus* (Mindanus) de mandatis. 6, c. 20.

In Praxi werden in diesen eilfertigen Sachen und in dem possessorio summariissimo auch eidliche Zeugen-Verhöre, die vor einem Notar und zwey Instruments Zeugen aufgenommen sind, zugelassen. Claproth summarischer Proceß §. 10. dessen ord. Proc. (1795) §. 298. S. 416.

(2) Alle unbedingte Mandate betreffen der Regel nach, nur das Possessorium, und dem Beklagten steht es frey, in der Folge das Petitorium anzustellen. Sie berühren also nicht die Hauptsache, weshalb gestritten wird, sondern der Regel nach und meist nur die Verfahrungsart. Oft betreffen die Mandate nicht einmahl das possessorium ordinarium, sondern nur das momentaneum oder summariissimum, wenn nämlich zu besorgen ist, daß es zu Thätlichkeiten zwischen den Parteyen kommen werde, oder wenn bey einer Partey die Gefahr zu groß ist, daß solche nicht warten kann. Moser R. Hofr. Proc. 1. S. 26.

(3) Conc. der R. C. G. O. 2. 25. §. 3. T. O. 2. 6. §. 9. Coch prax. 4. S. 43. §. 8. ab Engelbrecht O. 45. not. 8. S. 244. Claproth summar. Proc. §. 16. S. 62.

§. 14.

§. 14.

Verfahrungsart bey unbedingten Mandaten.

α) vom Kläger.

Die Klage, Imploration, besteht im Wesentlichen, aus der Geschichtserzählung; dem Klaggrunde, oder Rechtsgrunde der Klage; und der Bitte. Der Kläger (Implorant, Impetrant, Supplicant) der einen unbedingten Befehl erhalten will, muß daher, I) was die Geschichtserzählung betrift, das vorliegende Factum gehörig vortragen, und alle in seiner Klage erzählten wesentlichen Thatumstände mit möglichster Genauigkeit bescheinigen (1).

Auch muß er II) in Rücksicht auf den Klaggrund, oder Rechtsgrund der Klage, — wenn deshalb ein Zweifel eintritt, — zeigen, daß der vorliegende Fall zu einem von den Fällen sich schicke, in welchen ein unbedingtes Mandat statt findet; mithin, daß der vorliegende Fall zu einem unbedingten Mandat geeigenschaftet sey (2).

III) Die Bitte muß möglichst bestimmt abgefaßt werden, so daß der Richter sieht, was er dem Beklagten befehlen soll (3).

IV) Die Rubric dieser Klage (Imploration) ist etwa diese: „Gemüßigte Bitte um ein unbedingtes Mandat, nebst Anlagen A. B. — von Seiten N. zu N., Imploranten. —

(1) J. R. A. §. 79. Conc. der R. C. G. O. 2. 25. §. 2. Estor summar. Proc. §. 388. Moser Reichshofr. Proceß 1. Th. c. 3. §. 3. 4. S. 190. 265. Claproth summar. Proc. §. 10. „daher müßen die Urkunden in Urschrift beygelegt werden.

(2) Der

(2) Der Kläger muß daher zeigen, entweder, daß in den Gesetzen ausdrücklich geordnet sey, daß in einem solchen Fall, als der geklagte ist, unbedingte Mandate erkannt werden sollen, oder, wo dieses nicht ist, daß die Sache, worüber man klagt, sonsten in den Gesetzen an und für sich selbst verboten, und also nach keinem Rechte zu rechtfertigen sey, oder, daß ihm, dem Kläger ein unersetzlicher, oder doch nicht leicht ersetzlicher Schade, und zwar unbilliger Weise, zugefügt werde, oder, daß dem gemeinen Wesen daran gelegen, und es für dasselbe schädlich sey, wenn nicht der Richter zu Hülfe kommen wollte; oder, daß die Sache sonst keinen Verzug leide, dasjenige aber, was der Beklagte vorhabe, unbillig sey. Moser R. H. Proc. 1. S. 191.

(3) Z. B. den Kläger im Besitze seines Waldes nicht zu stören.

Nach der Reichscammergerichtlichen Praxi muß zugleich um die gewöhnliche Ladung ad docendum de paritione, vel videndum se declarari in poenam mandato insertam gebeten werden. Moser R. H. R. Proc. 1. S. 192. Claproth summar. Proc. §. 12.

Auch nach der K. G. O. 2. 6. §. 7. wird der Beklagte in dem unbedingten Mandat zugleich auf einen bestimmten Termin vorgeladen, daß er die Parition dociren, oder sehen soll, wie er in die im Mandat bestimmte Strafe werde verurtheilt werden; oder daß er die Ursachen vorbringen soll, warum das Mandat nicht zu erkennen und die Verurtheilung in die Strafe nicht geschehen möge. — Nach hiesiger Praxi pflegt das Gesuch hierauf nicht gerichtet zu werden, und der Richter verfügt schon von selbst, was der Ordnung gemäß ist.

§. 15.

β) Vom Beklagten.

Ist das unbedingte Mandat erkannt, so wird dem Beklagten die Klage mit den beygebrachten Bescheinigungen, oder Beweisen in Abschrift mitgetheilt und demselben anbefohlen, dem Mandat nachzukommen (1).

Hat I) der Beklagte dem an ihn erlassenen unbedingten Mandat Gehorsam geleistet, auch solches binnen der ihm gesetzten Frist angezeigt, und der Kläger ist,

mit

mit der angezeigten Parition zufrieden, so hat der Proceß ein Ende.

Will II) der Kläger bey der angeblichen Gelebung des Befehls sich nicht beruhigen, weil er sie für nicht geschehen, oder doch nicht für hinreichend geschehen ausgiebt, so entsteht über diesen streitigen Paritions-Punkt ein eigenes schriftliches Verfahren, und endlich erfolgt die richterliche Entscheidung.

Erklärt sich III) der Beklagte zu der Parition bereit, schützt aber Umstände vor, die ihm solche vor der Hand unmöglich machen, (2) so muß der Richter diese Anzeige entweder sofort als unzuläßig verwerfen, oder den Kläger darüber hören; allenfalls die Güte versuchen, und in Entstehung derselben, das nöthige verfügen.

(1) Der Kläger muß aber das Mandat mit dem Anschluße dem Beklagten insinuiren lassen, und die Insinuation beglaubigen, wenn er den Ungehorsam des Beklagten anklagen, und um ein geschärftes Mandat bitten will.

(2) Z. B. bey Schuldsachen, wenn der Schuldner sich zur Zahlung bereitwillig erklärt, aber die Unmöglichkeit vorschützt, jetzt zu zahlen, mit Bitte, ihm Termine zu bewilligen. — Mev. 7. D. 100.

§. 16.

Verzögerliche Einreden gegen das unbedingte Mandat.

Gewöhnlich sucht der Beklagte durch Vorschützung der Einreden sich zu helfen. Von den verzögerlichen Einreden finden hier nur solche statt, welche das Wesen des Proceßes betreffen; (1) und insonderheit I) die Einrede der unstatthaften Gerichtsbarkeit (Exc. fori incompetentis) II) diejenigen, welche die Fähigkeit zu proceßiren betreffen (2). III) diejenigen Einreden, welche den Mangel der Vollmacht betreffen. IV) der

Dun-

Dunkelheit und des Mangels in der Geschichtserzählung (obscuri libelli) V) die Einrede des vom Kläger verübten Spolii. VI) Bey Schuldforderungen kann der Beklagte entgegen setzen die Einrede, daß er nicht Erbe des Ausstellers der Schuldverschreibung geworden, die Zahlungszeit noch nicht vorhanden, die ausbedungene Loskündigung noch nicht geschehen; daß ihm kein Geld ausgezahlt sey, wenn die Handschrift noch nicht zwey Jahr alt ist; daß er ein Moratorium erhalten habe. VIII) die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart, wenn der Beklagte zeigen kann, der Fall sey nicht so beschaffen, daß ein unbedingtes Mandat darin gebeten und erkannt werden könne; oder, die Thatumstände seyen überall nicht, oder doch nicht hinlänglich bescheinigt, um einen Mandats-Proceß zu veranlassen.

(1) Schmeltzers Contumacial-Proceß S. 275.

(2) Hieher gehörte ehedem die Einrede der Acht, des Kirchenbannes, und der Privation. Denn eine in die Reichsacht erklärte weltliche, oder eine ihrer weltlichen Regalien von dem Reiche privirte geistliche Person hat keine Fähigkeit zu proceßiren, folglich auch nicht zu klagen. Wenn also eine solche Person mit Verschweigung ihrer Umstände ein Mandat ohne Clausel bewirkt, der Beklagte aber diesen in der Person des Klägers sich äußern den wesentlichen Mangel anzeigt und erweiset, so muß das unbedingte Mandat aufgehoben werden. Denn ein bannitus, excommunicatus kann keine Klage anstellen. Conc. der R. C. G. O. 3. 42. §. 1. Moser R. H. R. Proc. 1. Th. S. 228. Dornsperger Syntagm. jur de probat. except. S. 421. Die exceptio privationis, die einer geistlichen Person entgegen steht, wird auch noch in der K. T. O. 2. 6. §. XI. angeführt.

§. 17.

Zerstörliche Einreden gegen ein unbedingtes Mandat.

Als zerstörliche Einreden können nur folgende vorgeschützt werden: a) die Einrede des erschlichenen Mandats,

dats, (exc. sub et obreptionis) mittelst deren die Geschichtserzählung, so wie der Kläger sie vorgebracht hat, angefochten wird (1). b) Alle übrigen zerstörlichen Einreden, die besonders privilegirt sind, und sogleich liquide gemacht werden können (2).

Uebrigens müssen I) in der Regel alle Einreden, bey Strafe des Verlustes, auf einmahl und zusammen vorgebracht werden (3). Die Gerichtsablehnende (exc. fori incompetentis) haben hier das ihnen sonst beygelegte Vorrecht nicht, und man kann sie nicht allein vorschützen, um sich von der Einlassung zu befreien (4). II) Eine Ausnahme von der Regel ist folgende: wenn der Kläger in der Replic etwas neues vorgebracht und den Beklagten dadurch zu dem Dupliciren veranlaßt hat; oder, wenn der Beklagte erst in der Folge Wissenschaft von seinen Einreden erhält und solches gehörig darthun kann; oder, wenn die Einreden erst in der Folge entstanden, oder so beschaffen sind, daß eine Nichtigkeit des Proceßes entstehen würde, wenn ihnen nicht abgeholfen würde.

III) Einreden, die nicht den Besitzstand, sondern den Rechtsstand, oder die künftige Ausführung der Hauptsache angehen, gehören hieher nicht (5).

(1) T. O. 2. 6. §. XI. Mev. 6. D. 342. 7. D. 21. Coch praxis 4. S. 43 und 1. S. 24. de Friedensberg practica, im Anhange S. 83. — Es wird dafür gehalten, daß allen Befehlen und Rescripten die Clausel einverleibt sey: Si preces veritate nitantur.

(2) R. A. 1594. §. 77. T. O. 2. 6. §. XI. „Es sollen in diesen unbedingten Mandatsachen keine Einreden, als allein die exc. sub et obreptionis, privationis und dergleichen, zugelassen werden.“

Was durch die Worte: „und dergleichen“ zu verstehen sey, erklärt Moser im R. H. Proc. c. 3. §. 29. S. 228.

Se-

Selecta I. publici P. 8. S. 209. ac Engelbrecht O. 111, not. 2. S. 619. — Es gehört dahin die exceptio solutionis, compensationis; pacti de non petendo; rei non sic, sed aliter gestae.

(3) J. R. A. §. 78. —

(4) Von einer Litis-Contestation kann in dem unbedingten Mandats-Proceß nicht die Rede seyn, da schon die richterliche Entscheidung erfolgt ist. Eine gerichtsablehnende Einrede kann hier also nicht allein und in der Absicht vorgeschützt werden, um sich von der Litis-Contestation zu befreyen.

(5) Claproth sum. Proc. §. 18. — Es muß also darin nicht dasjenige gemischt werden, was zur Hauptsache gehört. Dies ist zur besondern Ausführung zu verweisen. Mev. 6. D. 342. Textor ad R. I. N. disp. 7.

Ueberreicht der Beklagte noch vor der Parition seine Klage in der Hauptsache, so wird solche, unbeschadet des Mandats-Proceßes, angenommen, und mithin in der Mandats-Sache schleunig verfahren. T. O. 2. 6. §. XI.

Will der Beklagte nach geschehener Parition, oder nach Entrichtung der in dem Mandat bestimmten Strafe, worin er condemnirt ist, etwas zuläßiges dagegen vorbringen, so wird er damit gehört. Nur muß es gehörigen Orts, wo es sich ordentlicher Weise gebühret, angebracht, und der Gegner darüber vernommen, und sodann das Erforderliche erkannt werden. T. O. 2. 6. §. 12. ab Engelbrect O. 111. not. 9. S. 621.

§. 18.

Fortsetzung.

Die von dem Beklagten vorgeschützten Einreden muß der Richter sorgfältig prüfen. Findet er I) solche in dieser Proceßart ganz unzuläßig, oder unerheblich, so muß er sie sogleich verwerfen, und die Gelebung des Mandats wiederholt befehlen (1).

Sind II) die vorgeschützten Einreden in dieser Proceßart zuläßig, auch erheblich und sofort erwiesen, so wird das Mandat aufgehoben, und der Kläger mittelst Vertheilung in die Kosten, mit seinem Gesuch abgewiesen (2).

Sind III) die Einreden nicht sofort erwiesen, jedoch in den Thatsachen soweit bescheinigt worden, daß der Gegner darüber vernommen werden muß, so wird das weitere Verfahren veranlaßt. Dieses kann an sich ein mündliches, oder schriftliches seyn. In jenem Fall wird ein Termin zum mündlichen Verhör der Sache anberaumet. Im letztern Fall wird die Exceptionsschrift nebst Anlagen dem Kläger mitgetheilt, und ihm aufgegeben, binnen Rechtsfrist zu repliciren. Mit der Replic endigt sich in der Regel das schriftliche Verfahren, (3) und der Kläger hat in diesem Mandats-Proceß immer den letzten Schriftsatz (4).

Ist nun die Sache durch den Schriftwechsel der Parteyen hinlänglich erörtert worden, so wird entweder a) auf Beweiß erkannt. (5) oder b) das Endurthel gesprochen; und in diesem wird entweder das Mandat wieder aufgehoben, oder auch seinem ganzen Inhalt nach, oder zum Theil bestätiget.

(1) J. R. A. §. 76. T. O. 2. 6. §. 8. H. G. O. 2. 2. 8. Coch prax. 4. 44.
Es folgt daher ein neues Mandat, worin dem Beklagten die Parition bey der vorigen Strafe, (nicht bey erhöheter) anbefohlen, und demselben aufgegeben wird, die Parition in einem bestimmten Termin zu dociren, oder zu erwarten, daß er in die Strafe condemniret werde. Conc. der R. C. G. O. 3. 42. §. 3. Claproth summarischer Proceß §. 20.

(2) Coch prax. 4. S. 44. Pütter proc. imp. §. 234.

(3) J. R. A. §. 77. Doch ist das richterliche Ermessen nicht ausgeschlossen. — Die Erlaubniß zu dupliciren wird nur verstattet, wenn die Replic etwas neues enthält. J. R. A. §. 78. Moser R. H. R. Proc. c. 3. §. 40. S. 251. und §. 49. S. 262. Cramer Obs. 996.

(4) Moser R. Hofr. Proc c. 3. §. 52. S. 266. Es soll daher nach Vorschrift der Gesetze entweder mit der Replic geschlossen werden; oder, wenn dem Beklagten die Duplic ge-

gestattet wird, so ist der Kläger mit seiner weitern Nothdurft (Triplic) darüber in alle Wege vorher zu hören. J. R. A. §. 78. In der Regel wird die letzte Schrift des Klägers dem Gegner nicht zur Nachricht communicirt. Wird nach den Umständen dem Beklagten die Quadruplic gestattet, so muß dem Kläger die Quintuplic verstattet werden; weil der Kläger allemahl das letzte Wort hat. Moser R. H. Proc. S. 264. und dessen R. Hofr. Conclus. Tom. 6. S. 714 Estor summar. Proc. §. 399.

5) J. R. A. §. 80. Moser R. Hofr. Proc. S. 265. und S. 193. „Wer eine gute Sache und tüchtigen Beweiß hat, pflegt nicht zu warten, bis der Beweiß auferlegt wird, sondern fügt solchen gemeiniglich seiner ersten Schrift bey; woran man auch nicht übel thut.“

Nach dem J. R. A. §. 80. ist es übrigens dem Ermessen des Richters überlassen, welcher Partey der Beweiß aufzulegen sey. Gräbe de exc. sub et obrept. earumque probatione. Rintel 1788. in Klübers jur. Bibl. 14. St. S. 249 — 253.

§. 19.

Fortsetzung.

Erscheint der Beklagte nicht in dem angesetzten Termin, oder schützt binnen der bestimmten Frist keine Einreden vor, (1) leistet auch dem Mandat keine Folge, so wird das Mandat, nach bescheinigter Insinuation desselben, auf Ansuchen des Klägers einmahl, oder auch öfter wiederholt, und endlich die Vollstreckung desselben verfügt (1).

(1) Nach den Reichs Gesetzen ist des Gesuch des Beklagten um Verlängerung des Termins, oder um Befristung zu Einbringung seiner Einreden unzuläßig. J. R. A. §. 76. — Nach hiesiger Praxi wird nach den Umständen Befristung bewilliget.

(2) Ein Mandat ist keine Sentenz und wird nicht rechtskräftig Mev. 8. D 227. Indeß wird es für rechtskräftig gehalten, wenn gegen selbiges überall kein Rechtsmittel weiter statt findet. ab Engelbrecht Obs. 111. not. 9. S. 622.

Bis

Bis zur Vollstreckung des Mandats kann der Beklagte noch immer seine Einreden gegen das Mandat vorschützen. Nur muß er dem Kläger die Kosten und Schäden ersetzen. Gewöhnlich erläßt der Richter seine wiederholten Befehle unter Androhung einer erhöhten Geldstrafe. Läßt der Beklagte es bis zur Execution kommen, so werden die verwirkten Strafen mit beygetrieben.

§. 20.

Fortsetzung.

Hat der Beklagte dem Mandat völlig Genüge geleistet, (1) so ist er berechtigt, in einem besondern Rechtsgange entweder possessorisch, oder petitorisch vor dem gehörigen Richter seine Gerechtsame auszuführen (2)

Eine Widerklage kann in der Regel bey dem Mandats Proceß nicht statt haben. Doch ist das richterliche Ermessen hier nicht ausgeschlossen, sondern nach den Umständen eine Ausnahme zuzulassen (3).

Die Intervention ist zuläßig, wenn sie einer weitläuftigen Erörterung nicht bedarf, und bey der Hauptsache nicht Gefahr auf dem Verzuge haftet.

(1) Consil. Tübing. Vol. 5. Consil. 46. n. 8.

(2) Denn alle unbedingte Mandate betreffen in der Regel nur das Possessorium, und oft nicht einmahl das possessorium Ordinarium, sondern nur das summariissimum, siue momentaneum: Ausgenommen sind solche Mandate, die eine schon an sich selbst ungerechte und verbotene Sache betreffen, mithin kein Petitorium übrig bleiben kann. Z. B. wenn Jemand eigenmächtig Zölle erhöhen wollte. Moser Reichs-Hofr. Proc. 1. Th. S. 25. — Entsteht Streit darüber, ob der Beklagte dem Befehl völlig Genüge geleistet habe, so muß solcher zuvor entschieden werden. — Kind Quaest. for. II. c. 33.

(3) Wenn nemlich die Sache des Beklagten, oder Impetraten, als Widerkläger, ebenfalls zu einem unbedingten Mandat geelgenschaftet ist. Moser R. Hofr. Proc. 1. Th. c. 3. §. 46. — I. H. Böhmer T. 3. dec. 571.

Tit. 2.

Vom bedingten Mandats-Proceß.

§. 21.

a) Fälle, in welchen bedingte Mendate erkannt werden können.

Ein unbedingtes Mandat, Mandat mit der justificatorischen Clausel, ist der Befehl, da dem Beklagten sofort auf die Klage auferlegt wird, den Kläger binnen einer bestimmten Frist klaglos zu stellen, oder binnen eben der Frist die Ursachen anzuführen, warum er dazu nicht verbunden sey (1).

Die Fälle, in welchen bedingte Mandate statt finden, sind zwar in den Gesetzen nicht bestimmt, indeß ist die Erlassung derselben eine Ausnahme von der Regel und nicht willkührlich (2).

Der Richter kann daher nur dann sofort auf die Klage ein bedingtes Mandat erkennen, wenn der Kläger sein

Recht

Recht, oder Gesuch hinlänglich bescheiniget hat, jedoch noch Einreden dagegen möglich sind (3).

(1) Conc. der R. C. G. O. 2. 2. 5. pr. T. O. 2. 6. §. 1.

(2) H. G. O. 2. 2. §. 8. rec. 1738. n. 44.

(3) T. O. 2. 6. §. 1. „Wenn Jemand sein Gesuch sofort mit einer richtigen Verschreibung zu belegen hat, soll, wenn solche von einem immatriculirten Notario vidimirt übergeben wird, und das Gesuch darin gegründet ist, dem Gegner sub clausa mandirt werden, den Supplicanten klaglos zu stellen, oder in 6 Wochen die Einreden dagegen einzubringen. Auch soll bey dem ersten Mandat zugleich auf den Fall, da Supplicat an den Urkunden einigen Zweifel hätte, oder deren nicht geständig wäre, zur Recognition binnen den 6 Wochen ein Termin angesetzt, derselbe citirt und verwarnet werden, daß, wenn er nicht erscheine, Hand und Siegel für recognoscirt gehalten werden solle.“
§. 5. „Dergleichen Mandats-Proceß soll ebenfalls statt finden, wenn die Klage auf Testamente, die keinen augenscheinlichen Mangel haben, auf beglaubte rechtskräftige Sentenzen, gerichtliche Protocolle, Verträge (Willkühr) Urkunden, welche in öffentlichen Archiven sich befinden, und andern öffentlichen Documenten sich gründet.

§. 22.

b) Verfahrungsart bey bedingten Mandaten.

Der Kläger muß I) das Factum, worauf sich die Klage gründet, deutlich, ordentlich und vollständig vortragen, solches nach Möglichkeit bescheinigen, die nöthigen Urkunden beylegen, und um deren Recognition, oder eidliche Ableugnung bitten.

Die hinzugefügte Bitte muß möglichst bestimmt seyn, so daß der Richter sieht, was dem Beklagten anbefohlen werden soll. Die Rubric ist etwa diese: „Gemüßigtes Gesuch um einen bedingten Befehl (1).

Steht II) dem Gesuch des Klägers nichts im Wege und kann im vorliegenden Fall ein bedingtes Mandat erlassen werden, so wird solches ertheilt, und dem Beklagten aufgegeben, binnen einer bestimmten Frist den Kläger zu befriedigen, oder seine Verwiederungs-Ursachen vorzubringen. Das Mandat wird dem Kläger zugestellt, der es mit der Klage und den Beylagen dem Beklagten insinuiren läßt.

III) Wenn der Beklagte ungehorsam ist, und weder den Kläger befriedigt, noch Einreden vorschützt, auch nicht um Befristung zur Einbringung seiner Einreden gebeten hat, so erfolgt auf weiteres Ansuchen des Klägers, nach bescheinigter Insinuation des Mandats, ein geschärfterer Befehl, oder ein unbedingtes Mandat, endlich die Androhung und zuletzt die Vollstreckung der Hülfe (2).

(1) T. O. 2. 6. §. 6. „Damit in dergleichen Mandats- und Executiv Proceßen kein Verzug vorgehe, so soll der Kläger und Impetrant bey einer jeden Klage (Supplic) nicht allein Hauptstuhl und Zinse, sondern auch die Kosten richtig, ohne Ueberfluß verzeichnen, damit dieselben, wo möglich, (und damit dadurch die Hauptsache nicht verzögert wird,) bey dem letzten Befehl, nach Inhalt der Ordnung moderirt, und darauf der Executionsbefehl zugleich mit gerichtet werde.

(2) T. O. 2. 6. §. 2. „Wenn a) in bestimmter Zeit wider Hand und Siegel, oder den Inhalt der Verschreibung nichts eingewandt wird, soll das Gericht, nach bescheinigter Insinuation des Mandats, Hand und Siegel für recognoscirt annehmen, dem Beklagten (Impetraten) sofort durch ein Mandat ohne Clausel auferlegen, binnen 6 Wochen dasjenige zu thun, was ihm zuvor bedingt befohlen war; und ihn, wenn er dennoch etwas einwenden wollte, nicht hören, bis er dem Mandat gehorsam nachgekommen; b) ausgenommen, wenn 1) das Vorbringen des Beklagten so bewandt ist, daß es zur Entschuldigung seiner bezeigten Nachläßigkeit hinreicht, oder er 2) auch sofort bescheinigt, daß das, was vom Kläger gebeten worden, eine offenbare Unbilligkeit bey sich führ-

te.

te; oder 3) seine dagegen vorgebrachte Einreden an sich erheblich, und sofort zu erweisen (zu verificiren) wären; oder (4) die Execution dem Beklagten einen unersetzlichen Nachtheil verursachen würde. Welches alles zur gerichtlichen Ermäßigung gestellet wird.

§. 23.

Fortsetzung.

IV) Die Einlassung auf die Klage ist hier nothwendig. Die Anerkennung ist eine bejahende, und das Anerbieten zur eidlichen Abläugnung eine verneinende Einlassung.

V) Was die Einreden betrift, so kann der Beklagte a) alle verzögerliche Einreden vorschützen, die das Wesen des Proceßes betreffen, und besonders die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart; daß nemlich die Sache zum Mandats-Proceß nicht geeigenschaftet sey. b) Gerichtsablehnende Einreden können hier allein vorgebracht werden, und der Richter muß über sie besonders erkennen. c) Auch haben alle zuläßige zerstörliche Einreden hier statt (1).

VI) Findet der Richter a) die vorgeschützten Einreden offenbar unzuläßig, oder so beschaffen, daß, wenn sie auch wahr, oder erwiesen wären, dennoch das Mandat statt haben muß; so muß er sie verwerfen, und ein unbedingtes Mandat erkennen (2). b) Bey einigem Zweifel aber, oder wenn die Einreden erheblich, jedoch einer weitern Erörterung bedürftig sind, ist der Kläger mit seiner Replic zu hören, und es wird, (wie im regelmäßigen, (unbestimmten) summarischen Proceß,) bis zur Duplic verfahren; das bedingte Mandat bleibt mithin bis zur Erörterung suspendirt (3).

VII)

VII) Der Beweiß liegt hier hauptsächlich dem Beklagten ob, weil der Kläger den Grund seiner Klage schon erwiesen hat, der Beklagte also die Richtigkeit seiner Einwendungen erweisen muß.

VIII) Ist der Schriftwechsel der Parteyen geendigt, so erfolgt die richterliche Entscheidung, worin nach den Umständen, dem unterliegenden Theile die weitere Ausführung des ordentlichen Besitz- oder Rechtsstandes vorbehalten wird.

IX) Die Widerklage wird hier in der Regel nicht leicht zugelassen. Die Intervention aber findet statt.

(1) Z. B. exceptio fori incompetentis, primae instantiae, solutionis, compensationis, rei judicatae.
Denn bedingte Mandate enthalten einen alternativen Befehl, etweder zu pariren, oder rechtmäßige Gründe anzuführen, die von der Verbindlichkeit der Paritionsleistung befreien.

(2) Der Befehl wird also purificirt; d. i. er wird ohne die justificatorische Clausel wiederholt.
T. O. 2. 6. §. 3. „Wenn im ersten Termin Einreden vorgebracht sind, so soll davon nicht sofort Abschrift ertheilt, sondern die Erheblichkeit derselben erwogen werden; und, im Fall erscheinet, daß, — wenn auch das Vorbringen des Beklagten erwiesen wäre, — es dennoch nicht hinreiche, den Beklagten von dem Mandat zu entheben, so soll es durch einen Abspruch verworfen, und ein Mandat ohne Clausel erkannt werden.

(3) T. O. 2. 6. §. 4. „Dafern die Einreden zu fernerer Ausführung, als erheblich anzunehmen, und einer weitern Erörterung bedürftig sind, so soll die Wirkung eines solchen bedingten Mandats so lange suspendirt werden, bis daß beyde Theile über die vorgeschützten Einreden gehört werden. Es soll darin aber nicht weiter, als bis zur Duplic verfahren, und alsdann nach den Umständen, ein geschärfteres Mandat, oder was sonst sich gebührt, erkannt und vollstreckt, oder da weitere Verhandlung nöthig, die Parteyen zu fernerer rechtlichen Ausführung, dem Befinden nach,

ver-

verwiesen werden. H. G. O. 2. 2. §. 8. 9. — Schmelzer Contumacial-Proceß S. 377. Sonst pflegt man zu behaupten, das Mandat werde, durch Vorschützung zuläßiger illiquider Einreden in eine ordentliche Citation verwandelt, und das weitere Verfahren sey nun so, wie im ordentlichen Proceße. Gail. I. Obs. 71. n. 2. Mev. 7. D. 292. n. 2. 8. D. 227. n. 4. D. 228. Hofmanns T. R. Praxis §. 1548. 1551.

Tit. 3.

Von dem Executiv-Proceß.

---

§. 24.

Executiv-Proceß.

Der eigentliche Executiv-Proceß ist ein bestimmter (unregelmäßiger) summarischer Proceß, in welchem der Kläger den Grund seiner Klage, sogleich bey Ueberreichung derselben, durch richtige und klare Urkunden erweiset, und hienächst dem Beklagten die Originale, insofern sie, um vollen Beweiß zu bewirken, noch einer Anerkennung bedürfen, in einem dazu angesetzten Termin vorlegt, der Beklagte aber, nach geschehener Recognition, mit Verwerfung illiquider Einreden, bey Vermeidung der Hülfe, condemnirt wird (1).

Der Executiv-Proceß ist 1) ein unregelmäßiger summarischer Proceß. Denn er fängt mit der Beweißfüh-

führung durch Urkunden an, die sogleich der Klage beygelegt werden, und die, wenn sie Privat-Urkunden sind, erst nach geschehener Recognition des Beklagten, vollen Beweiß machen, zu welchem Ende sofort auf die Klage ein Recognitions-Termin angesetzt wird (2).

Bey dem Mandats-Proceß ist die Recognition der Urkunden nicht erforderlich, sondern es wird sofort, ohne Ansetzung eines Recognitions-Termins, ein Befehl an den Beklagten erlassen, den Kläger klaglos zu stellen.

II) Der Executiv-Proceß, dessen Ursprung nicht in dem gemeinen Rechte aufzusuchen, ist durch den Gerichtsgebrauch zur Aufrechthaltung des öffentlichen Credits durch schleunige Justizpflege, und bloß zum Vortheil des Klägers eingeführt (3). Der Kläger kann daher gleich Anfangs den ordentlichen Proceß wählen, auch in der Folge dem Executiv-Proceß entsagen.

Der Beklagte hingegen kann den Executiv-Proceß auf keine Weise von sich abwenden, auch nicht dadurch, daß er den Kläger zur Anstellung seiner Klage auffordert, oder seine illiquide Einreden, in der Gestalt einer Klage vorbringt (4).

(1) Oelze gerichtl. Praxis. §. 64. Engau P. I. decis. 10. n. 1. Mevius von wucherlichen Contracten. Wismar 1671. 4. — und Frft. und Leipzig 1729. Schmidt Commentar über Klagen und Einreden §. 58. die Eigenthums-Klage kann nicht als Executivklage angebracht werden. Hommel Rhaps. O. 4.

(2) Die Recognition ist bloß bey Privat-Urkunden erforderlich; denn sie beweisen etwas nicht eher, als bis sie vom Gegner recognosciret worden sind, d. i. nicht eher, als die Richtigkeit derselben vom Gegner gerichtlich eingestanden worden ist. — Wernher T. 3. P. 2. O. 461. Die Recognition enthält ein Geständniß der Schuld; und wegen des Geständnisses wird die Zahlung anbefohlen, und wenn

diese

diese nicht erfolgt, die Execution verfügt. Cramer Obs. 348. Consil. Tübing. 2. 140. n. 46. Oeffentliche Urkunden bedürfen keiner Recognition, keines gerichtlichen Geständnisses, daß sie richtig sind; sie können auch nicht eidlich abgeläugnet werden; sie beweisen völlig ohne Anerkennung; und daher begründen sie, — wenn es an den übrigen Erfordernissen nicht ermangelt, — den für den Kläger noch vortheilhaftern unbedingten Mandats-Proceß. Es bedarf daher keiner Recognition, sondern es wird sofort ein unbedingtes Mandat erlassen und bey nicht erfolgter Parition mit der Execution verfahren. Ludovici Civil-Proceß C. 3. S. 28. Knorr Proc. S. 460. — H. G. O. 2. 2. §. 4. „In Sachen, die an sich richtig und klar sind, — soll executivisch verfahren und mit einem Mandat ohne Clausel der Anfang gemacht werden. Klare und richtige Sache sind: wenn auf unverneinte Klage, Bekenntniß, versigelte Briefe und Urkunden, zu welchen der Gegner sich bekennt und keine erhebliche Einreden vorzuwenden hat; wenn auf vormahls gesprochene Urtheile, gerichtliche und andre Transacte, Willkühr und dergleichen geklagt wird; wenn das Factum in den Gesetzen, oder Privilegien klar deducirt und entschieden worden." Schaumburg prax. L. 2. c. 2. §. 2. not. 4.

(3) Der Executiv-Proceß ist indeß im Allgemeinen von den Reichs-Gesetzen gebilliget, (J. R. A. §. 174.) und in den Landes-Gerichtsordnungen näher bestimmt worden.

(4) Webers Beyträge zu d. Lehre von Klagen. 1795. 2. Bm. S. 20. Wernher I. O. 146.

§. 25.

Geschäfte, bey welchen der Executiv-Proceß statt findet.

Der Executiv-Proceß hat überhaupt nur in dem Fall statt, wenn der Kläger im Stande ist, den Grund seiner persönlichen Klage, oder alle wesentliche Stücke derselben, sogleich durch Urkunden zu beweisen, und diese, wenn sie gerichtlich anerkannt sind, vollen Beweiß machen; (1) die Verbindlichkeit des Beklagten mag aus einem Vertrag, oder aus einem Testament, oder letzten

Wil-

Willen entstehen; (2) und das Geschäft mag ein einseitiges, (z. B. mutuum) oder ein zweyseitiges seyn. (z. B. Kauf, Pacht). Bey Verbindlichkeiten, die aus einem bilateral Vertrag entstehen, kann jedoch der Executiv-Proceß nur dann eintreten, wenn der Kläger von seiner Seite die Erfüllung des Vertrags durch eine andre Urkunde sofort erweisen kann (3).

(1) Vermuthungen und künstliche Beweise, finden im Executiv-Proceß nicht statt. Hommel Rhapſ. Obſ. 639. n. 3.

(2) Der Legatarius kann gleichfalls mit der persönlichen Klage aus dem Testament, executivisch gegen den Erben klagen, wenn die Erbschaft erweißlich angetreten ist, und das Testament keinen äußern sichtbaren Fehler hat. Kind Quaeſtiones forenſ. Tom. 1. (1792). cap. 56. S. 217. 219. Leyſer ſp. 381. m. 2. 3.

(3) Denn in zweyseitigen Verträgen hat jeder Paciscent Verbindlichkeiten zu erfüllen; will also einer von den Paciscenten aus dem Contract klagen, so muß er zuvor seiner Seits den Contract erfüllt haben, und dieses erweisen z. B. durch einen besondern Schein, den er sich wegen Erfüllung seiner Verbindlichkeit geben lassen. Ludovici Civil Proceß C. 3. S. 24. — Klein Rechtssprüche 3. Th. n. 10. — S. Acta R. Dicaſterii J. S. Niemann zu Dramdorf, Kl. w. Hoier zu Fritzow, Bekl., wegen der in der Pacht Punctation übernommenen Verbindlichkeiten. — Publ. S. R. Tribunal. vom 19. Oct. 1801. in ead. cauſa.

§. 26.

Beschaffenheit der Urkunden, die den Executiv-Proceß begründen.

Nur der Beweiß durch Urkunden, die der Kläger besitzt, ist zur Begründung der persönlichen Klage bey dem Executiv-Proceß zuläßig. Andre Beweißmittel können zum Beweise der Klage nicht gebraucht werden. (1) Jedoch ist nicht jede Urkunde zum Beweiß der

Kla-

Klage im Executiv-Proceß hinlänglich, sondern es sind schlechthin klare Briefe und Siegel, oder, wie man sagt, guarentigiirte Urkunden erforderlich; d.i. solche, die nicht nur keinen äußerrn Mangel an sich haben, weshalb ihre Glaubwürdigkeit zweifelhaft ist, sondern aus deren Inhalt auch alle wesentliche Stücke der Klage erhellen, mithin alle der Klage zum Grunde liegende factische Umstände welche auf die Entscheidung der Sache einen Einfluß haben, völlig erwiesen werden können, und die ein Kläger erweisen muß, der auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit klagen will (2). Nur derjenige, der solche richtige und klare Urkunden für sich hat, die, wenn sie recognoscirt sind, vollen Beweiß machen, kann executivisch klagen.

(1) Ob auch die Eides Delation zuläßig sey, s. von Bülow und Hagemanns Erörterungen. 1. Th. n. 2. §. 3.

(2) Die wesentlichen Stücke der Klage müssen daraus erhellen und erwiesen werden können. Es ist nicht erforderlich, daß auch die Nebenverbindlichkeiteu sogleich aus der Urkunde erhellen und darin enthalten sind.

§. 27.

Fortsetzung.

Die Urkunden müssen I) in Ansehung ihrer äußern Beschaffenheit, richtig und fehlerfrey seyn. a) Wesentliche Stellen der Urkunde, d. i. von welchen die Entscheidung der Sache abhängt, dürfen keine sichtbare Mängel haben. Es darf also in solchen Stellen nichts ausgestrichen, ausgekratzt, überschrieben, auf dem Rand geschrieben, durchschnitten, zerrissen seyn, und überhaupt kein gegründeter Verdacht der Verfälschung bey ihnen eintreten (1). Auch müssen sie b) in der vorgeschriebenen Form

Form abgefaßt seyn (2). Es ist jedoch c) nicht nothwendig, daß der Schuldner die Urkunde eigenhändig geschrieben, oder unterschrieben habe, (3) sondern es ist hinlänglich, wenn er sie durch einen andern schreiben, oder unterschreiben lassen (4). Auch die Untersiegelung der Urkunde ist nicht nöthig. Die bloße Untersiegelung ohne Unterschrift ist aber bey Privatverschreibungen nicht hinreichend (5).

Die Urkunden dürfen II) in Ansehung ihres Inhalts nicht mangelhaft seyn; sie müssen a) einen vollständigen Sinn haben, und der Grund der Klage muß daraus erwiesen werden können. Man kann daher nicht aus solchen Urkunden executivisch klagen, die in Ansehung eines zur Begründung der Klage gehörigen Umstandes auf eine andre Urkunde sich beziehen und solchen Umstand welcher auf die Entscheidung der Sache einen Einfluß hat, nicht enthalten. b) Ein bloßes Blanquet kann bey dieser schleunigen Verfahrungsart nicht zum Grunde gelegt werden, wenn es nicht alles Wesentliche in sich faßet, was zur Begründung der Verbindlichkeit erforderlich ist. (6). c) Auf Punctationen, die von beyden Contrahenten unterschrieben sind, und eine vollständige Handlung enthalten, kann executivisch geklagt werden (7).

(1) Claproths summ. Proc. §. 160. Schröters Abhandlungen. 2. Th. S. 168.

(2) Mev. I. D. 119. — Zur äußern Form gehört auch der in den Landes Gesetzen vorgeschriebene Stempelbogen. — Von der Vorlesung eines Protocolls s. m. Hommel Rhapf. Obf. 630.

(3) Die Schuldverschreibung, woraus executivisch geklaget werden soll, muß in der Regel vom Beklagten, oder dessen Erblasser ausgestellet seyn. Ein Dritter kann durch seine Schuldver-

verschreibung den Beklagten nicht verbinden. Daß aber der Schuldner die Verschreibung ausgestellt habe, sieht man aus der Unterschrift. Indessen ist die Unterschrift in dem Fall nicht erforderlich, wenn die Verschreibung eigenhändig von dem Schuldner geschrieben ist und dessen Nahme schon in der Schuldverschreibung steht. Z. B. der Schuldner schreibt: „Ich Christian Detmann bekenne, daß ich dem Hrn. N. 30 rthlr. schuldig sey, die ich von ihm angeliehen erhalten habe. N. am 10. Aug. 1800." Klügel D. de recognit. document. recusat. Vit. 1781. §. 3.

(4) Es thut an sich nichts zur Sache, wenn Jemand auch die ganze Schuldverschreibung durch einen Andern schreiben lassen. Z. B. ein Kaufmann läßt sie durch seinen Bedienten schreiben. Denn es ist einerley, ob Jemand selbst schreibt, oder durch einen andern schreiben läßt. Genug, daß die Urkunde auf Befehl und Nahmens des Schuldners geschrieben ist. Wer in seinem Nahmen von einem andern eine Urkunde schreiben läßt, ist der wahre Aussteller.

(5) Struben 4. Bed. 77.

(6) Pufendorff 3. O. 126.

(7) Claproth summ. Proceß §. 160. — H. G. O. 2. 2. §. 5. rec. 1774. n. 35. §. 1. 2. — Auch aus Wechseln kann executivisch geklagt werden. Nur muß eine halbjährige Aufkündigung vorhergegangen, auch erwiesen seyn. — Auch aus Kaufmanns Büchern kann executivisch geklagt werden. Der Kaufmann muß aber sein Buch beschwören, das Buch muß die erforderlichen Eigenschaften eines Handlungsbuchs haben. ibid. Geiger und Glücks Rechtsfälle. 1. Bd. 1792. n. 4. S. 64. — Schmidt Commentar über Klagen §. 58. Wernher 4 O. 206.

§. 28.

Fortsetzung.

Vorzüglich hat der Executiv-Proceß bey Geldvorschüßen (mutuum) statt, und man legt in diesem Fall eine Schuldverschreibung zum Grunde dieser Klage, d. i. eine Schrift, worin der Aussteller bekennt, daß er einem Andern etwas schuldig sey (1).

Aus solcher Schuldverschreibung muß sofort erhellen I) was, II) wie viel einer dem Andern schuldig, und in welcher Beschaffenheit solches zu leisten ist. Mithin muß die Summe, und Münzsorte genau bestimmt seyn. III) aus welchem Grunde die Forderung entstanden (causa debendi) (2) IV) zu welcher Zeit die Zahlung zu leisten und die Verbindlichkeit zu erfüllen ist (3). V) Wer der Schuldner, und wer der Gläubiger sey (4). VI) an wen der Debitor schuldig ist. und VII) daß das Darlehn an den Schuldner wirklich ausgezahlt sey. Rathsam aber ist es, daß der Gläubiger wegen Auszahlung des in der Verschreibung enthaltenen Geldes, einen besondern Empfangschein sich ausstellen lasse.

Wird aus der Schuldverschreibung, die wegen eines Anlehns ausgestellet ist, vor Ablauf zweyer Jahre executivisch geklagt, und die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegen gesetzt, so ist die Frage, ob der Kläger verbunden sey, die geschehene Auszahlung zu erweisen? Nach der gemeinen und richtigen Meinung muß er allemahl die Zahlung beweisen, und der Executiv-Proceß schließt die Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht aus; denn eine Urkunde, die noch nicht zwey Jahr alt ist, beweiset nichts, wenn sie auch recognoscirt worden ist. Gewöhnlich wird auch von dem Schuldner wegen der geschehenen Auszahlung ein besondrer Empfangschein ausgestellt (4).

Es ist übrigens nicht erforderlich, daß die Executivischen Clauseln in der Urkunde ausgedruckt sind (5). Sind sie aber ausgedruckt, so kann ein unbedingtes Mandat erkannt werden, wenn alle übrigen Erfordernisse des Mandats-Processes vorhanden sind.

(1) C. G. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. Nebst Formularien. Tübing. 1790. §. 27. folg. Claproth von Verträgen. §. 178.

(2) Die causa debendi gehört mit zur Klage, und der Grund der Klage muß aus der Urkunde erhellen, aus welcher man klagt. Mev. 7. D. 126. n. 4.— An sich ist es gleichgültig, ob der Grund, woraus die Forderung entstanden, ausdrücklich, oder stillschweigend durch Worte, die keine andre Auslegung zulassen, ausgedrückt worden. Z. B. vorstehende Summe habe baar erhalten und verspreche sie wieder zu bezahlen. Diese Worte zeigen ein mutuum an.

(3) Es muß die Zeit vorhanden seyn, zu welcher man die Erfüllung einer Verbindlichkeit fordern kann, weshalb geklagt wird. Kann man die Erfüllung der Verbindlichkeit noch nicht fordern, so kann man auch nicht deshalb klagen.— Ist in der Urkunde etwas unter einer Bedingung versprochen worden, so muß der Kläger durch eine andre Urkunde erweisen, daß die Bedingung erfüllt sey, und die Urkunde der Klage beylegen. — Haben die Parteyen eine Loskündigung verabredet, so muß der Kläger durch eine andre klare Urkunde sofort erweisen, daß sie geschehen sey. z. B. durch ein gehörig ausgefertigtes Notariats Document.— S. Publicatum S. R. Trib. v. 20. Jun. 1800. J. S. des Pächters Stubbe zu Trantow, Bekl. jetzt Appellanten, wider den Major v. d. Hardt, wegen Schuld. — Publ. R. Dicast. v. 13. Febr. und 24. Aprill 1800. I. S. Camerarii Pauels zu Greifswalde Kl. wider Stubbe, zu Trantow, wegen Schuld. Ist in der Schuldverschreibung keine Zahlungszeit enthalten, sondern es heißt darin: sobald möglich: oder es ist ein ähnlicher Ausdruck darin enthalten; so kann man nicht executivisch klagen. Der Richter kann jedoch einen billigen Zahlungstermin ansetzen.

(4) Bey dem Executiv-Proceß müssen die der Klage beygelegten Urkunden, nach geschehener Anerkennung des Beklagten einen vollen Beweiß ausmachen, so daß der Beklagte condemnirt werden muß, wenn er sie recognoscirt hat. Aus diesem Grunde wird die exceptio n. n. pecun. statt haben müssen, weil die Urkunde, auch nach geschehener Recognition nichts beweiset, wenn sie noch nicht zwey Jahr alt ist. Webers Beyträge zu der Lehre von den Klagen. 1795. 9. Bem. S. 91. Wernher T. 3. P. 1. O. 46. Gönners jurist. Abhandl. 1795. 1. Th. Abh. 3. S. 59. — 74. Ludovici Civ. Proc. C. 3. §. 2.

(5) Dies sind Wörter, welche dem Gläubiger das Recht geben, executivisch entweder durch Hülfe des Richters, oder eigenmächtig, gegen den Schuldner zu verfahren. Dergleichen

sind:

sind: ohne Recht, ohne Gericht, ohne gerichtliche Hülfe, die Freyheit mittelst schleunigster Execution zu verfahren. u. s. w. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. § 222. S. 357. Estor summ. Proc. S. 406.

§. 29.

Eigenschaften des Klägers und Beklagten.

I) Executivisch kann nicht nur derjenige klagen, der in der beygebrachten Urkunde, als Gläubiger benannt ist, sondern auch ein Andrer, auf welchem das Klagrecht des Gläubigers auf eine rechtmäßige Art übergegangen ist. Nur muß er sich durch richtige und klare Urkunden zur Sache legitimiren. Ist dieses nicht sogleich thunlich, so wird das Executivische Verfahren bis zur Berichtigung dieses Praejudicial=Puncts aufgehoben.

Es können daher die Erben des Gläubigers aus der Schuldverschreibung, die ihrem Erblasser ausgestellt ist, executivisch klagen, weil sie in das Recht ihres Erblassers getreten sind. Nur müssen sie den Umstand erweisen, daß sie Erben geworden sind. Auch der Cessionar kann executivisch klagen; jedoch muß er sofort zeigen, daß ihm die Forderung abgetreten ist.

Diese Legitimation wird auch erfordert, wenn die Urkunde, oder Schuldverschreibung auf alle getreue Inhaber gerichtet ist; weil es immer die Frage ist, ob der jetzige Kläger ein rechtmäßiger Inhaber sey, und die Legitimation, als ein wesentliches Stück des Proceßes, nicht fehlen darf (1).

II) Executivisch wird nicht nur der in der Schuldverschreibung benannte Schuldner belangt, sondern auch derjenige, der in die Stelle des Schuldners getreten ist. Nur muß die Passiv=Legitimation sogleich durch

rich-

richtige und klare Urkunden dargethan werden, weil sonst der Executiv-Proceß bis zur Berichtigung dieser Legitimation, verschoben werden muß.

Es kann daher gegen die Erben des Schuldners executivisch geklagt werden, weil sie in die Verbindlichkeiten ihres Erblassers treten, mithin eben so, wie der verbundene Erblasser belangt werden können. Nur muß durch richtige und klare Urkunden, — z. B. durch Beybringung des Testaments, worin der jetzige Beklagte zum Erben des Schuldners ernannt ist, — sofort erwiesen werden, daß sie Erben sind (2).

(1) Hommel Rhapſ. Obſ. 645. n. 8. Indeß kann der Besitzer der Urkunde, zur Caution, oder wenn er ein glaubwürdiger Mann ist, zum Eide sich erbieten, und dann mit der Klage zugelassen werden. Ludovici Civil-Proceß C. 3. S. 26.

Nach der H. H. O. 2. 8. §. 3. wird derjenige, der keine Cession hat, — jedoch aus dem Schuldbrief beweiset, daß er darunter mitbegriffen, obgleich er nicht genannt, oder nur im allgemeinen eingeschlossen ist, nemlich wenn solche Schuldverschreibung auf den Inhaber lautet, — zugelassen, wenn er 1) den Schuldner versichert, daß er von andern nicht gemahnt, (verklagt) oder aber schadlos gehalten werden solle, 2) auch sofort zu solcher Caution sich erbietet und die Cautions-Notel mit einreicht.

(2) Mev. 4. D. 144. — Hat der Schuldner die versprochene Sache einem Dritten verkauft, geschenkt und übergeben, so kann gegen diesen nicht executivisch geklagt werden. Ihm steht, als einem Dritten Besitzer der Sache, die exceptio non competentis actionis zu. Ludovici u. a. O.

§. 30.

Verfahrungsart bey dem Executiv-Proceß. Einrichtung der Klage.

Die Geschichts-Erzählung muß sich ganz auf die beygelegten Urkunden beziehen, und die wesentlichen

Thatumstände müssen aus den beygelegten Urkunden klar seyn. Der Kläger muß daher die Urkunden vollständig (1) in beglaubter Abschrift beylegen, mit der Erklärung, daß er die Originale in dem anzusetzenden Termin produciren würde.

Die Bitte (petitum circa processum) geht dahin: „einen Termin zur Vorlegung der Original-Urkunden, und zu deren Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung anzusetzen, den Beklagten dazu unter der Verwarnung, daß im Nicht-Erscheinungsfalle die Urkunden als richtig angenommen werden sollen, vorzuladen, auch demselben frey zu lassen, alle in diesem Executiv-Proceße zuläßige Einreden vor dem Termin vorzubringen.“ (2)

Nach der K. H. G. O. 2. 2. §. 5. soll in Schuld- und andern Klagsachen, die auf des Schuldners Hand und Siegel, richtigen (klaren) und glaubhaften Urkunden sich gründen, — zu welchen auch die Bücher der Kaufleute, die ehrlichen Nahmens und in guter Handlung sind, mitzurechnen, — ein Mandatum *cum Clausula* de solvendo vel praestando, mit einem Termin von drey Wochen erkannt, und demselben angefügt werden, daß der Schuldner, wenn er der Schuld und der dazu gebrauchten Urkunden nicht geständig wäre, auf einem, innerhalb dieses Termins zu gestimmenden Tag erscheinen, die Urkunden recognosciren, auch alle seine Einreden vorbringen und der Kaufmann sein Buch beschwören solle.

Die Bitte der Klage geht daher nach hiesiger Praxi dahin: „dem Beklagten anzubefehlen, daß er binnen Rechtsfrist zahle, oder in einem zur Recognition und Beybringung seiner Einreden anzusetzenden Termin erscheine.

Die

Die Bitte muß zugleich auf die Verzugszinsen und verursachten Kosten gerichtet werden (3).

(1) Damit der Beklagte überlegen könne, ob er lieber proceßiren, oder in Güte sich mit dem Kläger abfinden wolle. H. G. O. 2. 6. §. 1. Schaumburg prax. P. 2. S. 35.

(2) Auf die Edition der Urkunden, die der Beklagte in Händen hat, kann die Bitte der Klage nicht mit gerichtet werden. Der Editions-Punkt ist vor Anstellung der Klage in Richtigkeit zu bringen.

(3) z. B. dem H. Imploraten anzubefehlen: „daß derselbe binnen Rechtsfrist mir meine klare Forderung von 20 rthlr. mit den Verzugszinsen und verursachten Kosten bezahle, oder auch in certo praefigendo termino ad recognoscendum et excipiendum erscheine." Ich implorire hierüber.

§. 31.

Vom Richter.

Der Richter muß die eingereichte Klage und die gewählte Proceßart gehörig prüfen. Ist der Executiv-Proceß unrichtig gewählt, so ist die Klage, immaßen sie angebracht, zu verwerfen, und dem Beklagten aufzugeben, binnen der gewöhnlichen Rechtsfrist seine Exceptionsschrift einzubringen.

Ist hingegen der Executiv-Proceß richtig gewählt und zuläßig, so wird dem Beklagten die Klage mit den Beylagen abschriftlich mitgetheilt, und an denselben ein bedingtes Mandat erlassen, (1) daß er den Kläger binnen Rechtsfrist, (binnen 3 Wochen) befriedige, oder, im Fall er der Schuld nicht geständig, in einem binnen dieser Zeit anzusetzenden Termin (von 14 Tagen) zur Recognition der Urkunden, und Beybringung seiner Einreden erscheine (2).

Nach dem Hofgerichtlichen Visitations-Receß von 1774. n. 35. (2. 2. §. 5.) ist sowohl die dreywöchentliche Zahlungsfrist, als auch die zur Recognition und Beybringung der Einreden bestimmte 14tägige Frist präclusivisch und laufen auch in den Erndte-Ferien, und klare Schuldsachen sollen auch in den Erndte-Ferien betrieben werden (3). Jedoch darf in diesen Ferien die Execution und Auspfändung nicht geschehen. Uebrigens sind die in klaren Schuldsachen zu erlassenden Verordnungen (d. i. Mandate und Bescheide) nicht über fünf Tage auszusetzen.

(1) Das Mandat wird dem Kläger zugestellt, der es dem Beklagten insinuiren lassen muß.

(2) H. G. O. 2. 2. §. 5. — Es ist nicht erforderlich, daß der Richter den Beklagten alternative zu recognosciren, oder eidlich abzuläugnen citiret. Denn die Abläugnung steht dem Beklagten nach den Gesetzen frey, und ist nicht für aberkannt zu halten. Ludovici Civil-Proceß C. 3. S. 28. — Nach hiesiger Praxi wird der Beklagte auch nicht sub poena recogniti citirt. Erscheint er nicht, so wird die Urkunde, zur Strafe des Ungehorsams, nach dem Hofger. Visitat. Abschiede von 1774. n. 35. § 5. für richtig anerkannt gehalten.

Zu Mandaten wird ein Stempelbogen zu 4 ßl. genommen. Patent v. 19. May 1800.

Enthält die Klage verschiedene, theils liquide, theils illiquide Forderungen, so wird sogleich theils wie im Executiv-Proceß, theils, wie im ordentlichen Proceß gesprochen. Engau P. 1 decis. 512. n. 2. 3.

Ist im Executiv-Proceß dem Beklagten außer Recognition auch die Antwort auf die Klage auferlegt, so werden auch illiquide Einreden zugelassen. Wernher 1. O. 42. T. 3. P. 2. O. 215.

(3) Blos auf Erndte Ferien ist dies einzuschränken; und keinesweges auf andre Ferien ist dies einzuschränken; und keinesweges auf andre Ferien zu erweitern. Gem. Bescheid des K. Hofgerichts vom 11. Jul. 1778. §. 1.

§. 32.

Ungehorsam der Parteyen.

Ist ein Recognitionstermin angesetzt, und I) beyde Theile erscheinen nicht, so ist der Termin vergeblich, (circumductus) und die Sache bleibt so lange liegen, bis der Kläger einen andern Termin ausbringt.

Ist II) blos der Kläger ausgeblieben, so kann der Beklagte um Entbindung von der angestellten Untersuchung, und Erstattung der Kosten bitten; (absolutio ab instantia); (1) ausgenommen, wenn der Beklagte so erhebliche Einreden vorschützt und bescheinigt, daß er um gänzliche Entbindung von der Klage, mit Erstattung der Kosten bitten kann.

Ist III) der Beklagte ungehorsam, recognoscirt die Urkunden nicht, läugnet sie auch nicht ab, (2) so müssen die beygebrachten Original-Urkunden, auf des Klägers Ansuchen, als richtig, und die Schuld für eingestanden angenommen werden. Dem Beklagten wird daher anbefohlen, die Zahlung binnen Rechtsfrist (3 Wochen) bey Vermeidung der Execution zu leisten.

(1) Eine Frage ist es, ob bey dem Nichterscheinen des Klägers die Urkunden für verlohren erklärt werden können? — Die Gesetze bestimmen hierüber nichts, und nach hiesiger Praxi werden sie nicht für verlohren erklärt.

(2) Der Beklagte kann den Recognitionstermin nicht absagen lassen, auch keine Erstreckung desselben suchen. Indessen kann er wegen Krankheit und andrer erweislichen unablegalichen Behinderungen, Befristung suchen und die Urkunden vor dem Recognitionstermin schriftlich recognosciren; und in solchem Fall darf dem Beklagten nur noch eine 14tägige präclusivische Frist ad excipiendum bewilliget werden. Hofger. Visit. Absch. v. 1774. n. 35. §. 3. 4. (2. 2. §. 5).

(3) Bey der Execution kann er jedoch noch solche Einreden vorschützen, die sonsten im ordenl. Proceß bey der Execution vorgeschützt werden können.

§. 33.

Fortsetzung.

I) Gegen das zur Strafe des Ungehorsams erlassene Zahlungs-Mandat kann zwar der Beklagte das Rechtsmittel der Restitution und Appellation zur Hand nehmen. Allein diese Impugnativmittel können die Execution nicht aufhalten. Die Execution muß vielmehr nach abgelaufner Zahlungsfrist sofort verfügt werden (1).

II) Die Rechtfertigungsfrist ist bey diesen Impugnativ-Mitteln eine 4wöchentliche Nothfrist. Die Einwendung der Appellation muß wie gewöhnlich binnen 10 Tagen geschehen. Uebrigens muß jedes Impugnativmittel binnen 10 Tagen intimiret werden.

III) Bey dem Gebrauch der Impugnativmittel, findet dasjenige völlige Anwendung, was in der T. O. 2. 2. §. 8. und 2. 9. §. 13. Von Erstreckung der Fatalien, und von Restitution gegen den Ablauf derselben, festgesetzt ist.

IV) Ist die Urkunde als richtig anerkannt worden, oder zur Strafe des Ungehorsams für anerkannt anzunehmen, so soll der verurtheilte und nicht angesessene Beklagte, im Nicht-Zahlungsfall, auf Ansuchen des Klägers, sofort in Verhaft genommen werden, wenn dieser Gefahr läuft, das Seinige zu verliehren. Indessen ist das richterliche Ermessen hier nicht ausgeschlossen (2).

V) Hat der Schuldner die Zahlung geleistet, so kann der Kläger verlangen, daß ihm die durch Execution ein-

eingetriebene Summe zugestellt werde, wenn er im Lande hinlänglich angesessen, oder sonst in guten Vermögensumständen ist, oder hinlängliche Caution bestellt.

VI) Ist der Kläger nicht hinlänglich angesessen, oder bemittelt, und macht auch keine hinreichende Sicherheit, so wird die durch Execution beygetriebene Summe gerichtlich deponirt, (3) endlich aber, wenn sich findet, daß das Impugnativmittel vom Beklagten vergeblich zur Hand genommen worden, — an den Kläger ausgezahlt. Der Beklagte muß aber dem Kläger nicht nur die Zinsen von der deponirten Summe, sondern auch die verursachten Kosten ersetzen (4).

(1) Hofger. Visit. Absch. 1774. n. 35. §. 6. G. B. des K. Hofger. v. 2. Jul. 1778 §. 5.

(2) Hofger. Visit. Absch. 1798. n. 37. §. 4.

(3) Ludovici Civil-Proceß. C. 3. § 28. S. 36.

(4) Denn der Kläger hat durch die gerichtliche Deposition und ungebührliche Zögerung des Beklagten, die Zinsen von seinem Gelde entbehren müssen.

§. 34.

Wenn beyde Parteyen erscheinen.

Erscheinen beyde Theile in dem Termin, so muß der Kläger dem Beklagten die Original-Urkunden vorlegen, um sie entweder anzuerkennen, oder eidlich abzuläugnen.

Von einer eigentlichen Einlassung auf die Klage ist im Executiv-Proceß nicht die Frage. Allein statt derselben muß der Beklagte über die ihm vorgelegten Urkunden sich erklären, und sie als richtig anerkennen, oder eidlich abläugnen. Die Anerkennung der Urkunde wird

als eine bejahende, und die eidliche Abläugnung derselben, wird als eine verneinende Einlassung angesehen (1).

Der Beklagte kann verschiedene Einreden vorschützen (2). Zuläßige verzögerliche Einreden sind hier a) die Einrede des unrichtig gewählten Executiv-Processes. — Diese Einrede wird dadurch begründet, wenn die Urkunden Mängel an sich haben, welche sie verwerflich und irrecognoscible machen (3), oder, wenn sie nicht alles enthalten, was zur Begründung des Executiv-Proceßes wesentlich erforderlich ist. b) Zuläßig sind auch die Einreden, welche das Wesen des Processes betreffen (4).

(1) Mev. 6. D. 278 n. 1.

(2) Cramer Wetzl. Nbst. 78. Th. S. 51,
Eine Frage ist es, ob die Einrede der zu leistenden Caution wegen der anzustellenden Widerklage, im Executiv-Proceß zuläßig sey? — Nach der gemeinen Meinung ist sie zuläßig. Wernher T. 2. P. 7 .O. 233. Ludovici Civil-Proceß C. 3. §. 18. Schaumburg prax. L. 2. c. 2. §. 11.

(3) Irrecognoscible ist eine Urkunde, welche zu dem Beweise, der geführt werden soll, untauglich ist, oder zu dem Beweise nichts beyträgt. z. B. weil sie durchschnitten, durchgestrichen, zerrissen, oder Rasuren in der Hauptsumme zu befinden sind. Die Recognition würde eine vergebliche Handlung seyn. Es kann daher die exceptio documentorum non recognoscibilium vorgeschützt werden. Die Urkunden können übrigens aus verschiedenen Gründen zum Beweise untauglich seyn. Hellfeld Ipdt. forens. §. 1165.

(4) Dahin gehört die exceptio deficientis legitimationis; deficientis curatoris; — judicis non competentis. Denn es würde eine Nichtigkeit des Proceßes entstehen, wenn ein incompetenter Richter die Execution verfügen wollte. Mev. 2. D. 142. — Diese verzögerliche Einrede befreit den Beklagten von der Verbindlichkeit zu recognosciren und zu excipiren. Er muß bey seinem ordentlichen Richter belangt werden.

den. Diese Einrede muß billig vor dem Recognitionstermin vorgeschützt werden.

§. 35.

Recognition.

Hat der Beklagte keine Einreden vorzuschützen, die ihn von der Recognition befreien, so muß er die Urkunden entweder anerkennen, oder eidlich abläugnen.

Die Recognition der Urkunden ist nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, die im ordentlichen Proceß gelten; (1) und sie wird auf den Inhalt und Unterschrift der Urkunde gerichtet (2).

Hat der Beklagte seine Unterschrift anerkannt, so kann er in der Regel nicht den Inhalt der Urkunde abläugnen; ausgenommen, wenn er sogleich darthun kann, a) daß der Gegner betrüglich gehandelt habe; (3) oder b) daß er zu der Unterschrift gezwungen, oder c) daß die Urkunde vom Kläger verfälscht worden.

Uebrigens kann die Recognition von dem Beklagten selbst, oder auch von einem besonders dazu Bevollmächtigten geschehen, vorausgesetzt, daß der Beklagte die Original-Urkunde bereits gesehen habe (4).

(1) Die Recognition soll von dem Beklagten vor dem versammelten Gericht, geschehen, nicht vor dem Protonotair, auch nicht in Gegenwart eines einzigen Assessoris. H. G. O. 2. 2. §. 6. rec. n. 51. 43.
Das producirte Handelsbuch wird vom Kläger in Gegenwart des Beklagten beschworen. ibid.

(2) z. B. Er recognoscirt die Urkunde als eine von ihm ausgestellte Verschreibung, in welcher er den Klägern 20 rthlr. zu zahlen versprochen habe. Ludovicii Civil Proceß C. 3. S. 30.

(3) z. B. Daß ein von ihm ausgestelltes Blanquet zur Vollmacht gemißbraucht, und ein Wechsel auf das Blanquet geschrieben sey. —

Büch-

Büchner Untersuchung der Frage: Ob derjenige, dem eine Handschrift zur Anerkennung, — vorgelegt worden, die Unterschrift — anerkennen, den Inhalt derselben aber eidlich abläugnen dürfe. Götting. 1780.

(4) Ludovici Civil-Proceß. C. 3. S. 34.

§. 36.

Eidliche Abläugnung der Urkunden.

Die eidliche Abläugnung geschiehet vom Beklagten im Executiv-Proceß eben so, wie im ordentlichen Proceß. Jedoch kann der Beklagte nur eidlich die Urkunde abläugnen; nicht aber andre Beweißmittel dazu gebrauchen, d. i. Er kann sein Gewissen nicht mit Beweiß vertreten, weil dadurch der Executiv-Proceß in einen ordentlichen Proceß verwandelt werden würde, und dies wider Willen des Klägers nicht geschehen darf (1). In der Regel muß auch die eidliche Abläugnung von dem Beklagten selbst geschehen; Ein Procurator wird deshalb nicht zugelassen (2).

Auch der Kläger wird im Executiv-Proceß nicht zum Beweise gelassen, daß die Urkunde von dem Beklagten ausgestellet sey. Er kann daher die eidliche Abläugnung der Urkunde nicht dadurch abwenden, daß er die producirte Urkunde durch Zeugen recognosciren, oder eine Vergleichung der Hände durch Kunstverständige (comperationem literarum) anstellen will; indem in dem executivischen Verfahren nur solche Beweißmittel zugelassen werden, wodurch sofort etwas erwiesen werden kann (3).

Die eidliche Abläugnung muß, wie die Recognition, auch auf den Inhalt der Verschreibung gerichtet werden. Der Diffessions-Eid ist entweder ein Wahrheits

heits- oder Glaubens-Eid. Der Wahrheits-Eid hat statt, wenn der Beklagte aus seiner eigenen Verschreibung und wegen einer von ihm selbst gemachten Schuld belangt worden ist. Er schwört: „daß er die Urkunde weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, noch durch Andre schreiben, oder unterschreiben lassen, und daß er die darin enthaltene Summe dem Kläger nicht schuldig sey. Der Glaubens-Eid wird abgelegt, wenn der Erbe wegen einer von seinem Erblasser gemachten Schuld, und der darüber ausgestellten Verschreibung, oder ein Vormund wegen seines Pupillen gerichtlich belangt worden ist. Er schwört: „Er glaube nicht, daß die producirte Urkunde von seinem Vater, u. s. w. ausgestellt worden, oder derselbe dem Kläger die darin enthaltene Summe schuldig sey (4).

(1) Ludovici Civil-Proceß. C. 3. S. 33.

(2) H. G. O. 2. 27. §. 7. Inzwischen scheint die T. O. 2. 34. 13. als ein früheres Gesetz abstimmig zu seyn, und deren Verfaßer, Mevius der Zeit den Diffessions-Eid noch für ein Imtum Calumniae dem Anschein nach gehalten hat. Mev. 7. D. 95. cf. 6. D. 20. n. 6. — Publ. S. R. Trib. v. 29. Sept. 1785. worin die Abstattung des Suppletorii per procuratorem nachgegeben ist.

(3) wernher T. 1. P. 1. O. 104.

Der Kläger muß aber nach geendigtem executivischen Verfahren, in dem ordentlichen Proceß noch mit dem Beweise zugelassen werden, daß der Beklagte einen Meineid begangen, und die eingeklagte Summe schuldig sey. Mev. 6. D. 278. Ludovici Civ. Pro. C. 3. S. 33. 34. —
Es kann indessen der Kläger auf die zu seinem Vortheil eingeführte executivische Verfahrungsart Verzicht leisten, und den ordentlichen Proceß wählen, mithin die eidliche Abläugnung, durch die in dem ordentlichen Proceß ihm zustehende Mittel abwenden; um Meineide zu verhüten. In diesem Fall fällt aber der Executiv-Proceß weg. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens. Gießen 1800. §. 244. S. 420.

(4)

(4) Mev. 6. D. 277. Ludovici Civ. Proc. C. 3. §. 22. S. 33.

§. 37.

Zerstörliche Einreden des Beklagten.

Recognoscirt der Beklagte die Urkunden, so muß er in dem angesetzten Recognitionstermin auch alle seine Einreden vorschützen, die er gegen die angestellte Klage vorschützen kann und will. Als zerstörliche Einreden (1) können im Executiv-Proceß jedoch a) nur die verneinenden (2) entgegengesetzt werden, wie auch b) solche die entweder sofort klar und erwiesen sind; (3) oder doch sofort erwiesen werden können.

In dem Hofgerichtlichen Visitat. Abschied von 1774. n. 37. (2. 2. §. 7.) ist deshalb folgendes festgesetzt: „Wenn in klaren Schuldsachen ein Mandat, binnen 3 Wochen zu zahlen, erkannt, und zugleich ein 14tägiger Termin ad recognoscendum et excipiendum angesetzt worden ist, so sollen wider klare Urkunden nur solche Einreden zuläßig seyn, die sofort in dem Recognitions-Termin liquide sind, oder, — wenn die Recognition schriftlich, (4) (nemlich wegen Krankheit, oder andern erweißlichen Behinderungen des Beklagten) geschehen ist, — binnen der hierauf ad excipiendum bewilligten 14tägigen Frist liquide gemacht werden können.

Nach dem Hofgerichtl. Visitations-Abschied von 1798. n. 39. muß der Beklagte bey Vorschützung illiquider Einreden, zugleich die Beweismittel angeben, auch binnen einer zu bewilligenden 14tägigen Frist den Beweis vollführen, und seine Einreden liquide machen.

(1)

(1) z. B. exceptio solutionis, compensationis. Dilatorische Einreden müßen vor der Recognition entgegengesetzt werden, weil die Recognition als eine Art der Einlassung auf die Klage anzusehen ist.

(2) Verneinende Einreden, (z. B. daß die Schuld nicht existire,) können im Executiv-Proceß vom Beklagten vorgeschützt werden. Denn sie bedürfen keines Beweises; wälzen vielmehr denselben auf den Kläger, und man zählt sie aus dieser Ursache zu den sofort liquiden Einreden. Danz ord. Proc. §. 187. n. 1. — Zu den verneinenden Einreden gehört unstreitig auch die Einrede des nicht empfangenen Geldes. Danz ord. Proc. §. 155. Note b. — sie bedarf also keines Beweises. Der Kläger dem sie entgegengesetzt wird, hat den Beweis zu führen; eben deßhalb hat sie im Executiv-Proceß statt. Denn die Proceßart kann die Natur der Einreden nicht abändern.
Gönner jurist. Abhandl. 1. Th. Abhandl. 3. §. 9. S. 66.

(3) Dahin gehören a) die Einreden, die sich in den Gesetzen gründen, und keines Beweises bedürfen. z. B. exc. SCti Macedoniani, Vellejani. b) Einreden, die der Kläger gerichtlich eingestanden hat; oder c) gerichtskundig sind. Mev. 3. D. 16.

(4) Hofger. Visitat. Absch. 1774. n. 35. §. 4. (2. 2. §. 5.)

§. 38.

Fortsetzung.

Der Beklagte kann nach hiesiger Praxi, unter vorgedachter Bestimmung, im Executiv-Proceß alle Arten der Beweismittel gebrauchen. Er kann mithin den Beweis seiner Einreden nicht blos durch Urkunden, sondern auch durch Eides-Delation, und Zeugen führen (1).

Will der Beklagte seine Einreden I) durch Eides-Delation beweisen, und solche dem Kläger ins Gewissen schieben, so muß dieses binnen 3 Wochen geschehen, auf welche das Zahlungs-Mandat gerichtet ist (2).

Die

Die Eides Zuschiebung findet jedoch in klaren Schuldsachen nur statt, a) wenn dasjenige, worüber der Eid deferirt wird, offenbar erheblich, und b) der Beschwörungssatz, (das Formale des Eides) ohne Widerspruch ist; (3) auch c) Gründe angeführt sind, warum die Eides Delation gewählt werden müßen (4).

II) Auch der Zeugenbeweis muß vom Beklagten binnen der gedachten Ordnungsfrist von 3 Wochen, mit Ueberreichung der Beweisartikel und Benennung der Zeugen, angetreten werden. Die Zeugen sind sodann, wenn die Beweisartikel erheblich, und die Zeugen zuläßig befunden worden, in einem kurzen Termin vorzuladen und abzuhören.

Kann der Zeugenbeweis nicht binnen 14 Tagen vollführt werden, so kann zwar der Richter nach seinem Ermeßen den Termin verlängern; allein er darf dem Kläger nicht den Vortheil des Executiv-Proceßes entziehen, sondern muß den Beklagten, wenn zum Beweise der Einreden eine gar zu lange Zeit nöthig seyn sollte, damit zur besondern Ausführung verweisen.

Hat III) der Beklagte anfangs den Beweis nicht durch Zeugen angetreten, sondern eine andre Beweisart gewählt; will aber statt des gewählten Beweismittels, Zeugen aufstellen, so ist dies nur in dem Fall zuläßig, wenn es binnen 14 Tagen, von Zeit der vorgeschützten Einreden und des angetretenen Beweises angerechnet, und bevor über den im Anfange angetretenen Beweis erkannt ist, geschiehet; wobey jedoch vorauszusetzen ist, daß in dem vorliegenden Falle überhaupt nach rechtlichen Grundsätzen, die Veränderung eines Beweismittels statt finden kann. Nach Ablauf von 14 Tagen kann der Beklagte den Anfangs anders, als durch Zeugen angetretenen

nen Beweis nicht wieder fahren lassen, um einen Beweis durch Zeugen zu führen.

IV) Hat der Beklagte von dem Beweis-Interlocut, worin ihm der Beweis seiner Einreden auferlegt ist, — appellirt, so kann er demohngeachtet solche deseriren, und den ihm freygelassenen Beweis annoch antreten, jedoch nur von der Zeit, wo die Appellation, wegen der abgelaufenen Einführungs-Frist desert wird. Die Beweisfrist läuft in solchem Fall erst von der Zeit an, wo die Appellation aufgegeben worden ist.

V) Nach geschehener Abhörung der Zeugen wird sofort ein Rotulus verfertigt, und kein besondrer Termin zur Eröfnung des Rotels angesetzt. Eine Deduction aus dem Rotel wird nicht verstattet, sondern sofort über den Punct, ob der Executiv-Proceß statt finde, oder nicht, erkannt (5).

(1) Leyser sp. 135. m. 2. Mevius von wucherlichen Contracten. 2. Th. c. XI. §. 15 — 18. S. 328.

(2) Hofger. Visitat. Absch. v. 1798. n. 39. 40. 42.

(3) Zuweilen streiten die Parteyen darüber, wie der Schwörungssatz abgefaßt werden soll. Diesen Streit kann der Richter sofort nach den Umständen des Facti heben. Ludovici Civil Proceß C. 3. §. 20.

(4) T. O. 2. 34. §. 3.

(5) Hofger. gem. B. vom 11. Jul. 78. und Rec. 1798. n. 42. — Die Verfügung dieses Receßes n. 42., als Wiederholung des G. B. v. 1778. n. 6., scheint überhaupt nicht völlig paßend noch consequent zu seyn. Denn hier ist nicht die Rede von einem erst als zuläßig, oder unzuläßig zu erkennenden, sondern von einem schon bestehenden Executiv-Proceße, worin es bey der Entscheidung nur darauf ankommt, ob die in dieser Proceßart verfolgte Ansprache des Klägers durch die eingewandten Einreden des Beklagten und deren beabsichtigte Nachweisung aus dem Wege geräumt ist, oder nicht. Auch ist jene Verfügung in dem G. B., nicht als ein

ein Folgesatz aufgestellt, wie jedoch in dem Receß geschehen ist.

§. 39.

Von den Rechtsmitteln gegen richterliche Erkenntnisse in klaren Sachen.

Sind in liquiden Sachen, (1) nach geschehener Recognition der Urkunden, Einreden vorgeschützt, die nicht liquide gemacht und verworfen worden sind, und ist daher dem Beklagten die Zahlung durch ein unbedingtes Mandat anbefohlen worden, so steht dem Beklagten frey, sich der Restitution, oder Deduction, oder Appellation, die sodann volle Wirkung hat, zu bedienen.

Es muß aber I) das ergriffene Rechtsmittel vor Ablauf der 10tägigen Nothfrist des rechtskräftigen Erkenntnisses intimirt werden; weil sonst auf Ansuchen des Klägers, weiter in der Sache verfahren wird. Wird jedoch noch in Folge das Impugnativmittel intimirt, so hört das weitere Verfahren auf, bis der Oberrichter wegen versäumter Fatalien erkannt hat.

II) Hat der Appellant Prorogation bey dem Obergericht gesucht und erhalten, so muß er ungefordert ein glaubhaftes Document wegen der erhaltenen Prorogation dem Judici a quo überreichen (2).

III) Die Einführungs- und Rechtfertigungsfrist ist bey allen drey Impugnativmitteln eine 4wöchentliche Frist, und der Appellant muß die Acten voriger Instanz, mit seinem Libell, dem Oberrichter überreichen.

IV) Ist die Appellation erloschen, oder in der Appellations-Instanz eine Confirmatoria erfolgt, so ist kein Rechtsmittel weiter zuläßig. Ist indeß gegen die desertoriam, oder confirmatoriam noch ein Rechtsmittel ergriffen worden, so bleibt das Verfahren des Unterrichters

ters, so lange die Sache in höherer Instanz anhängig ist, suspendirt.

V) Findet sich endlich, daß das Rechtsmittel vergeblich zur Hand genommen worden ist, so erfolgt die Execution auf die gewöhnliche Weise.

(1) Hofgerichtl. Visit. Receß von 1774. n. 36. (2. 2. §. 7). G. B des K. Hofger. v. 11. Jul. 1778. Hofger. Visit. Absch. v. 1798 n. 38.

(2 Hofger. Vis. Abs. 1774. n. 55. (3. 4. §. 2.), und Rec. 1707. n. 105. (3. 4. §. 2). — Die Sätze 1 — 3. sind bestätigt in dem decreto rejectorio S. R. Trib. v. 5. Iun. et publicato vom 19. Oct. 1801. in c. Hoier, Appellanten, c. Niemann.

(3) Claproth summ. Proc. S. 258. Uebrigens sind durch den Hofger. Visitat. Abschied von 1774. die levamina inopum debitorum Niemanden genommen worden. Der Richter kann daher nach den Umständen Befristungen, Terminsweise zuleistende Zahlungen, Sicherheitsstellung durch Bürgen, oder Pfand, und dergleichen Mittel bewilligen, wenn der Schuldner hinlängliches Vermögen hat, und blos wegen Mangel des baaren Geldes keine Zahlung leisten kann. Will der Schuldner sich aber solcher Mittel und Wohlthaten bedienen, so muß er sich sogleich zu Anfange des Proceßes dazu erklären und seine Zahlungsfähigkeit zeigen. — Auch die Constitution von Schuldsachen ist durch den Receß von 1774. nicht geändert worden. Hofgerichtlicher Receß v. 1798. n. 37. §. 4 Erklärung der Landstände über den Hofger. Receß v. 1774.

Tit. 4.

Von dem Wechsel-Proceß.

---

§. 40.

Der Wechsel-Proceß ist ein bestimmter (unregelmäßiger) summarischer Proceß, in welchem der Kläger

 seine

seine Forderung sofort durch einen Wechselbrief erweiset, und der Beklagte nach geschehener Recognition, mit Verwerfung aller nicht sofort erweißlicher Einreden, durch persönlichen Arrest zur Bezahlung der Wechselschuld angehalten wird.

Der Wechsel-Proceß ist dem Executiv-Proceß darin ähnlich, daß der Grund der Klage, wie bey dem Executiv-Proceß, sofort durch klare Urkunden dargethan werden muß, und keine nicht sofort erweißliche Einreden zugelassen werden. Beyde Proceße sind jedoch darin verschieden, daß in dem Executiv-Proceß die Execution auf die gewöhnliche Art geschiehet, indem man sich an dem Vermögen des Condemnirten hält, und daraus sich bezahlt zu machen sucht. Allein bey dem Wechsel-Proceß geschieht die Execution durch persönlichen Arrest, wenn gleich noch Vermögen vorhanden ist, woraus die Zahlung geschehen kann. Der Schuldner muß nach eingetretenem Zahlungstermin dem persönlichen Arreste bis zu der geleisteten Zahlung sich unterwerfen.

Ist in einem Lande, wie z. B. in Schwedisch Pommern, das Wechselrecht nicht üblich, so kann doch der Kläger aus einem Wechsel executivisch klagen, (1) selbst auch dann, wenn der Wechsel-Contract an einem Ort, wo Wechselrecht gilt, geschlossen worden ist.

(1) Danz Handbuch des heutigen Deutschen-Privatrechts §. 224. f. —
Wechselbriefe werden als guarentigiirte Urkunden angesehen, und begründen den Executiv-Proceß. Mithin findet kein eigentliches Wechsel-Recht, keine Wechselstrenge, folglich kein persönlicher Arrest des Schuldners statt. — H. G. O. 2. 2. §. 5. rec. 1774. n. 35. §. 1.

Nach der Stralsundischen Gerichtsordnung c. XI. §. 13. S. 59. sind 1) in Wechselfällen dem Schuldner

nach

nach der Verfallzeit noch 10 Discretionstage zu bewilligen. Nach deren Ablauf kann aus dem Wechsel geklagt werden. 2) Bis zum Urthel wird in der Regel mündlich verfahren. Ist ein schriftlicher Proceß nöthig, so wird von drey Tagen zu drey Tagen verfahren, ohne Rücksicht auf menschliche Ferien, und ohne Dilation zu ertheilen. 3) Einreden, die einer weitläuftigen Untersuchung bedürfen, sind unzuläßig. 4) Nach publicirten Urtheil soll der Condemnirte, im Nicht-Zahlungsfall, binnen 3 Tagen zu seiner Schuldigkeit, ohne vorgängige Monition, durch Execution angehalten werden. Es fällt also der persönliche Arrest und die Wechselstrenge weg. Die Execution geschieht auf die gewöhnliche Weise. Die Appellation hat nur eine Devolutiv-Wirkung, und der Gläubiger erhebt das Geld mit, oder ohne Caution; letzteres in dem Fall, wenn der Gläubiger ansäßig, oder sicher ist.

III Abschnitt.

Von dem possessorischen Proceß.

§. 41.

Verschiedene Arten des Besitz-Proceßes.

Der possessorische Proceß betrift blos den Besitz und ist dreyfach. Denn er geht entweder I) auf die Erlangung eines noch nie gehabten Besitzes (processus adipiscendae possessionis); oder II) auf die Wiedererhaltung eines verlohrnen Besitzes (recuperandae poss.) oder III) auf die Beybehaltung des Besitzes. (retinendae poss.) In dem letztern wird entweder a) über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz, (possessorium summarium, siue summariissimum) oder b) über den ältern und rechtmäßigern Besitz gestritten. (possessorium ordinarium).

In allen diesen Fällen ist A) der possessorische Proceß ein summarischer. Da indeß die Gesetze keine besondre Verfahrungsart bey Streitigkeiten über den Besitz vorgeschrieben haben, (1) so ist er auch keine besondre Pro-

Proceßart, sondern es tritt nach den Umständen der bedingte, oder unbedingte Mandats-Proceß, oder auch der unbestimmte (regelmäßige) summarische Proceß ein.

B) der possessorische Proceß ist von dem petitorischen ganz verschieden. Dieser betrift ein Recht, was mir zuständig ist; es mag ein dingliches, oder ein persönliches Recht seyn (2). Hingegen der possessorische Proceß betrift blos den Besitz, oder die Ausübung eines Rechts. Es kann daher bey demselben nur von dem Besitze, nicht aber von dem Rechte selbst, und dessen Rechtsgrunde (titulo possessionis) die Frage seyn. (3) Auch sind diejenigen Einreden unzuläßig, die sich auf das Recht selbst beziehen.

C) der possessorische Proceß giebt dem Kläger, als Besitzer, alle Vortheile, oder Rechte, die mit dem Besitze verbunden sind (4).

(1) In dem gemeinen Rechte und den Pommerschen Gerichtsordnungen ist kein besondres Verfahren vorgeschrieben worden. T. O. 2. 5. §. 2 Stralsund. G. O. C. 12. §. 1. S. 61. Mecklenb. H. G. O. 2. 4. §. 3. Spaldings repertorium j. meckl, v. *possessio*

(2) G. L. Böhmer pp. j. can. §. 681. Hertel ad Stryck. praxin for. c. 1. §. 17. S. 11. Durch das Petitorium wird das Possessorium kraftlos gemacht; wenn nämlich in dem Petitorio ausgeführt worden ist, daß der Gegner kein Recht an der Sache habe: mithin auch kein Recht haben könne, die Sache zu besitzen. Wer im Petitorio den Sieg davon getragen hat, hat sich auch des Besitzes zu erfreuen. Nach der Regel: petitorium absorbet possessorium.

(3) Inzwischen kann beiläufig zur bessern Begründung der possessorischen Klage, und um den Richter von der Rechtmäßigkeit des Besitzes zu überzeugen, auch das Recht, oder der Titel, welcher das Recht des Besitzes giebt, z. B. daß man die Sache gekauft, geschenkt, vermacht erhalten habe, mit angeführt werden. Nur muß dies mit der Erklärung geschehen, daß dieses blos zur Bescheinigung des Be-

Besitzes: (pro colorando possessorio), nicht aber in der Absicht geschehen sey, sich ins Petitorium einzulaßen. Schmidt von Klagen §. 102. und Schmidts Commentar über Klagen und Einreden §. 144.

(4) Hofacker pp. j. rom. §. 775. 1776. Schmidts Commentar über Klagen und Einreden. §. 146.

§. 42.

Cumulation possessorischer und petitorischer Klagen.

Nach canonischem Rechte ist I) die Cumulation einer possessorischen Klage mit einer petitorischen nur dann zuläßig, wenn beyde Rechtsmittel einander nicht widersprechen. Es kann daher die possessorische Klage, die auf die Erlangung eines noch nie gehabten, oder auf die Wiedererhaltung eines verlohrnen Besitzes gerichtet ist, mit der petitorischen Klage verbunden werden (1). Will hingegen der Besitzer auf die Erhaltung bey dem Besitze, in welchem er sich befindet, klagen, so kann er die petitorische Klage der Regel nach damit nicht verbinden. Blos bey Servituten findet eine Ausnahme statt, in Ansehung der dem Besitzer der Servitut zustehenden confessorischen Klage, die der Besitzer, wenn er in der Ausübung der Servitut, z. B. der Weidegerechtigkeit beunruhiget wird, anstellen, und mit der possessorischen Klage (interdicto retinendae possessionis, uti possidetis) cumuliren kann (2).

Es kann auch II) das possessorium summariissimum mit dem possessorio ordinario, (jedoch nicht mit dem petitorio) cumulirt werden, wenn der Kläger in seinem Besitze geschützt werden will, und einen ältern, rechtmäßigern Besitz darthun kann. Indeß ist eine solche Cumulation nicht rathsam.

Hat III) Jemand anfangs blos petitorisch geklagt, findet aber, daß das Possessorium leichter ausgeführt werden

den könne, so kann er die angestellte Petitorienklage fallen lassen, und statt derselben eine Possessorienklage anstellen (3). Er muß aber dem Beklagten zuvörderst die vergeblich verursachten Kosten ersetzen (4).

(1) Faber ad Cod. 8. 3. defin. 8.

(2) G. L. Böhmer pp. j. can. §. 683. — De sententia a super possessorio simul et petitorio, vid. Faber ad Cod. 8. 3. def. 19.

(3) z. B. Statt der angestellten Eigenthumsklage kann er die Spolienklage anstellen.

(4) Wernher 4. O. 149.

Tit. I.

Vom possessorischen Proceß zur Erlangung des Besitzes.

---

§. 43.

Rechtsmittel, die hieher gehören

Der possessorische Proceß zu Erlangug des Besitzes (adipiscendae poss.) betrift die Frage, ob der Kläger in einen Besitz zu setzen sey, welchen er bisher nicht gehabt hat, und in welchem ein Andrer sich befindet.

Zu den gerichtlichen Rechtsmitteln, um zu einem noch nicht gehabten Besitz zu gelangen, gehören folgende:

1) Das

I) Das Interdict, welches dem praetorischen, oder den Intestat-Erben zusteht, um zum Besitz der Erbschaftsgüter zu gelangen. (Interdictum quorum bonorum directum et utile).

II) Das Rechtsmittel, wodurch ein Testaments-Erbe aus einem, mit keinem sichtbaren Fehler behafteten Testamente (remedium ex L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo), — imgleichen derjenige, der einen Erbschaftsvertrag für sich hat, — zum Besitz der Erbschaft zu gelangen sucht.

III) Das Interdict, dessen sich der Erbe wider die Legatarien und Fideicommiß-Erben, — welche das ihnen hinterlaßene Legat, oder universal Fideicommiß, vor angetretener Erbschaft eigenmächtig an sich genommen haben, — bedient, um den Besitz der von ihnen an sich genommenen Sachen zu erlangen. (Interdictum quod legatorum.)

IV) Das Rechtsmittel, welches einem Unmündigen, welcher ein wahrscheinliches Recht zur Erbfolge in die Güter eines Verstorbenen hat, zusteht, wenn ihm über die Erbfolge und über seinen Zustand Streit erregt wird. (remedium ex edicto Carboniano).

V) Das Rechtsmittel, wodurch eine schwangere Frauensperson (Ehefrau, oder Braut) wegen ihrer Leibesfrucht, in den Besitz der Verlaßenschaft eines Verstorbenen eingesetzt zu werden verlangt. (imploratio pro obtinenda missione in possessionem, quae fit ventris nomine).

VI) Das Rechtsmittel welches den nächsten Anverwandten eines Verschollenen zusteht, die ein Recht haben, in die Güter des Verschollenen zu succediren.

VII)

VII) Das Salvianische Interdict, welches dem Verpächter eines Landguts, auch jedem andern Pfandgläubiger zusteht, um den Besitz der verpfändeten Sachen zu erlangen.

VIII) Das Rechtsmittel, welches einem Gläubiger, welchem der Schuldner das Recht bewilligt hat, daß er bey nicht erfolgter Zahlung, eigenmächtig den Besitz von seinen Gütern solle nehmen können, dahin zusteht, daß der Richter ihm zu dem Besitz verhelfe (1).

Was den Lauf dieses possessorischen Proceßes zur Erlangung des Besitzes betrift, so tritt a) der Mandats-Proceß ein, wenn der Kläger solche Urkunden hat, durch welche er den Grund seiner Klage sofort bescheinigen kann. b) Sind es Privat-Urkunden, so bedürfen sie einer Recognition, und es findet sodann der Executiv-Proceß statt. c) In den übrigen Fällen tritt der unbestimmte (regelmäßige) summarische Proceß ein (2).

(1) J. L. Schmidt v. Klagen §. 161. f. E. G. Schmidt summar. Proceß §. 119. Claproth summarischer Proceß §. 174.

(2) Knorr Proceß S. 510. Nettelbladt pract. R. Gelartheit (1775) §. 813. Carrach in annotat. ad Böhmer. de act. S. 219.

Tit. 2.

Vom possessorischen Proceß zur Wiedererhaltung des Besitzes.

§. 44.

Von den hieher gehörigen Rechtsmitteln.

Der possessorische Proceß zur Wiedererhaltung eines verlohrnen Besitzes, oder der Spolien-Proceß. ist

ist der Proceß, in welchem darüber gestritten wird, ob derjenige, welcher in dem Besitz gewesen, aus demselben aber verdrungen worden, in denselben wieder zu setzen sey.

Zu den Rechtsmitteln zur Wiedererhaltung des verlohrnen Besitzes gehört I) das Interdictum unde vi; (1) — da Jemand mit Gewalt aus dem Besitz einer unbeweglichen, oder damit verbundenen beweglichen Sache gesetzt worden ist. Es kann dies Interdict von einem Jeden angestellet werden, der im Besitz gewesen ist, es mag ein bürgerlicher, oder natürlicher Besitz seyn. II) Nach canonischem Rechte, die Spolienklage, wodurch das Interdictum unde vi noch näher bestimmt worden ist.

(1) Hofacker pp. j. §. 4086.

§. 45.

Spolien-Proceß.

Das Spolium, die Besitzentsetzung, ist jede unerlaubte Handlung, wodurch der Besitz einer Sache, (1) Jemanden wider Willen entzogen wird.

Das Spolium setzt also voraus, I) daß Jemand im Besitz gewesen, und II) daß ihm dieser Besitz durch eine unerlaubte Handlung genommen sey (2). Wer sich blos bey seinem Besitz vertheidigt, sich demjenigen, der ihn daran hindern will, widersetzt, oder ihn pfändet, begeht kein Spolium, keine unerlaubte Handlung (3)

Der Spolien-Proceß kann auf doppelte Art entstehen. Denn hat Jemand ein Spolium verübt, so kann man A) gegen ihn, den Entsetzer, die Spolienklage an-

anstellen, dahin, daß er die entwandte und spoliirte Sache mit allem Zubehör restituire. B) der Spoliirte hat auch die Einrede des Spoliums, (der Besitzentsetzung). Wenn nemlich der Spoliant gegen den Spoliirten klagt, so ist dieser nicht verbunden, sich eher einzulassen, als bis ihm alles restituirt worden ist. Zu dem Ende setzt er dem Kläger die Einrede des Spoliums entgegen.

(1) Man kann aus dem Besitz einer jeden Sache, einer körperlichen, oder unkörperlichen, z. B. aus dem Besitz des Jagdrechts!, der Weidegerechtigkeit, — d. i. aus dem Quasi Besitz eines Rechts geworfen werden. z. B. Wenn Titius in dem Besitz der Befugniß gewesen, mit seinen Schafen das benachbarte Feld zu betreiben, und daselbst einen Hürdenschlag zu halten; der Nachbar aber jetzt die Schafe des Titius zurücktreibt, den Hürdenschlag und die Schäferhütte umstößt, mit der Andeutung, nicht wieder dahin zu kommen. Dies ist ein Spolium und muß erwiesen werden.

(2) Wider seinen Willen, mit, oder ohne Gewalt; aus Arglist, oder in der Meinung, dazu berechtigt zu seyn; — von einer Privatperson, oder vom Richter, der Jemanden, ohne gehörige Untersuchung, aus dem Besitz einer Sache setzt. Selbst die Sequestration kann ein Spolium seyn. Faber ad Cod. 8. 3. def. 16. et defin. 21 Auch der Mandans begeht ein Spolium; imgleichen derjenige, der das Spolium genehmigt, oder die spoliirte Sache wissentlich von dem Spolianten annimmt. Leyser sp. 504. m. 12. 13. „Ratum habet spolium ab alio commissum non is, qui verbis approbat, sed qui *lucrum* exinde capit"

(3) Pfändungen sind erlaubt. Pfände ich Jemanden, der in meiner Höltzung jagt, der in der gemeinen Weide, Gras mähet, wo Niemand mähen darf, so ist dies eine erlaubte, keine unerlaubte Handlung, kein Spolium. Hermann Becker de different. quibusdam inter spolia et alias deiectionum species. Gryph. 1768.

§. 46.

Spolien-Klage.

Die Spolienklage steht I) dem Spoliirten und dessen Erben zu. Er muß aber das Spolium erweisen; mithin

mithin in der Geschichts-Erzählung nicht nur den Umstand, daß er im Besitz gewesen, und aus demselben durch eine unerlaubte Handlung gesetzt worden, anführen, sondern auch, wenn es thunlich ist, sogleich bescheinigen. Der Spoliirte ist aber a) nicht verbunden, den rechtlichen Grund seines Besitzes (titulum possessionis) anzugeben und zu erweisen, wofern nicht eine aus dem gemeinen Rechte entstehende Vermuthung gegen ihn streitet (1). Daher werden b) keine Einreden gegen die Spolienklage zugelaßen, welche die Beschaffenheit des Besitzes, (2) oder das Recht selbst, oder den rechtlichen Grund desselben, betreffen (3). Der Kläger und Spoliirte ist auch c) nicht verbunden, Caution zu bestellen, daß er die Sache im Petitorio restituiren wolle (4).

Die Spolienklage wird II) gegen den Spolianten. als solchen, nicht aber gegen den Spolianten, als den Besitzer der spoliirten Sache, angestellt (5). Die Spolienklage kann auch gegen den dritten Besitzer der spoliirten Sache, welcher zu der Zeit, da er sie erworben, Wissenschaft von dem verübten Spolio hatte, oder das Spolium genehmigte, so wie auch gegen den Erben des Spolianten, (6) nicht aber gegen den dritten redlichen Besitzer angestellt werden (7). Uebrigens kann man die Spolienklage auch gegen einen Beklagten anstellen, dem man besondre Hochachtung und Ehrerbietung schuldig ist (8).

(1) z. B. Wenn der Kläger und Spoliirte eine weltliche Person ist, und eine Kirchensache im Besitz hatte, aber aus dem Besitz derselben gesetzt worden ist, so muß er auch den rechtlichen Grund seines Besitzes angeben und erweisen, so daß man sieht, wie er die Sache, z. B. den geistlichen Zehnten, erworben habe.

(2) Daß er die Sache mit Gewalt, heimlich, oder Bittweise besessen.

3) Im possessorischen Proceß ist nicht die Rede von der Rechtmäßigkeit des Besitzes. Einreden, die das Recht selbst, oder den titulum possessionis betreffen, gehören in das Petitorium, und die Spolienklage muß zuvörderst beendigt werden. Der Kläger ist daher nicht verbunden, sich auf solche unzuläßige Einreden einzulassen. Hosacker pp. j. civ. §. 4088. de *Canngiesser* decis. 178. n. 6. Thut er es, so entsagt er dadurch stillschweigend dem Spolien-Proceß. Mev. 8. D. 388. Auch der Richter muß solche unzuläßige Einreden verwerfen und auf den Beweis der Besitzentsetzung erkennen; z. B. daß Kläger schuldig sey, zu erweisen, daß er im Besitz der Weidegerechtigkeit gewesen und aus dem Besitz gesetzt worden sey.

(4) Denn Niemand darf sich eigenmächtig zu dem Seinigen verhelfen. Thut er es, so verübt er ein Spolium; und es tritt die Regel ein: Spoliatus ante omnia restituendus est, und der Kläger und Spoliirte ist nicht verbunden, dem Spolianten wegen Restitution der Sache, Caution zu bestellen. G. L. Böhmer pp. j. canon. §. 690.

(5) Hat der Spoliant also die Sache veräußert, und besitzt sie nicht mehr, so kann doch gegen ihn, als den Spolianten geklagt werden; und er muß den Werth der Sache bezahlen, wenn er die Sache nicht restituirt. Stryck de act. sect. 2. m. 2. §. 20. ibiq. Ziegler.

(6 Leyser sp. 504. m. 12. Der Erbe des Spolianten ist nur soweit zur Schadens Ersetzung verbunden, als die Erbschaft zureicht.

(7) Der ehemalige Gerichtsgebrauch, nach welchem man auch gegen den dritten redlichen Besitzer die Spolienklage anstellen konnte, ist durch das cap. 18. X. de restitut. spoliator. (2. 13.) abgeändert worden. G. L. Böhmer l. c.

(8) Nach röm. Rechte konnte man das Interdictum unde vi nicht gegen die Eltern anstellen. Nach canon. Rechte aber kann gegen sie die Spolienklage angestellt werden.

§. 47.

Fortsetzung.

Was (III) den Gegenstand der Spolienklage betrift, so richtet der Kläger sein Gesuch a) auf die Wieder-

dererstattung der entwandten, oder spoliirten Sache, und in subsidium auf die Bezahlung des Werths derselben. Diesen kann er durch den Eid bestimmen (1). b) Auch die durch das Spolium verursachten Schäden und Kosten, imgleichen die von dem Spolianten erhobenen Früchte sind ein Gegenstand der Klage (2). Die von dem Spolianten, (nicht die von einem dritten) zu erheben gewesenen Früchte (fructus percipiendi) werden nur in dem Fall gefordert, wenn das Spolium mit Gewalt, oder Arglist verübt worden ist (3). Die Spolienklage ist eine persönliche Klage und dauert 30 Jahr (4). Ist dem Kläger der Quasi Besitz einer Gerechtigkeit entzogen worden, so bittet er, daß der entzogene Quasi Besitz z. B. der Weidegerechtigkeit, oder der Schafhütung und des Hürdenlagers wiederum eingeräumt werde, auch Schäden und Kosten vergütet werden.

Was IV) die Verfahrungsart in Spolien-Sachen betrift, so kann nach Verschiedenheit der Umstände, der Mandats- oder auch der unbestimmte (regelmäßige) summarische Proceß eintreten. Der unbedingte Mandats-Proceß hat nur statt, wenn der Kläger das Spolium, mithin seinen Besitz und die unerlaubte Entsetzung aus dem Besitz, sofort hinreichend erweiset, oder bescheinigt (5). Ist die Bescheinigung nicht hinreichend, und das Spolium nicht völlig erwiesen, so kann nur ein bedingtes Mandat erlassen werden (6). Hat der Kläger den Grund seiner Klage, nicht bescheinigt, so findet der unbestimmte summarische Proceß statt. Zu den hier zuläßigen zerstörlichen Einreden gehören blos diejenigen, welche die wesentlichen Eigenschaften eines Spolii zernichten; mithin die Einrede, daß der Beklagte nicht spoliirt habe, daß Kläger nicht im Besitz oder Quasi Besitz gewesen; daß ihm der Besitz nicht durch eine unerlaubte

Hand-

Handlung entzogen worden; daß er zu der Zeit, als er die Sache erhalten, nicht gewußt habe, daß solche eine entwandte, oder spoliirte Sache gewesen; daß Kläger den Beklagten gleichfals spoliirt habe, nemlich in Ansehung eines andern Gegenstandes, als desjenigen, weshalb die Spolienklage angestellt worden (7). Die Einreden müssen aber liquide, oder sogleich erweislich seyn.

Gegen das Beweisurthel sowohl, als gegen das Haupterkenntniß im Spolien-Proceß können alle sonst zulässige Rechtsmittel ohne Einschränkung zur Hand genommen werden (8). Ist das Spolium erwiesen worden, so wird erkannt, daß der Spoliator schuldig sey, nunmehr den entzogenen Besitz dem Kläger wieder einzuräumen. Auch wird der Beklagte zur Vergütung des verursachten Schadens und der Kosten, wie auch wegen der bewiesenen unbefugten Eigenmacht in eine ad pios usus zu erlegende Geldstrafe, z. B. von 15 rthlr. condemnirt.

(1) Dies ist der Zenonianische Eid. Das canonische Recht bestätigt dieses, und verordnet, daß der Spoliirte durch seinen eigenen Eid nicht nur den Werth der ihm entwandten und spoliirten Sache, sondern auch die Schäden und Kosten bestimmen könne. Denn der Spoliirte hat die beste Wissenschaft von der Sache, und wird daher billig zum Eide gelassen.

(2) Oft wird ein Spolium aus Irthum und in der gerechtesten Meinung begangen. Z. B. wenn Jemand, aus Irthum eine Sache, die er für die seinige hielt, einem andern genommen hat. §. 1. I. de vi bonor. raptor. Imgleichen wenn Jemand, als nächster Erbe, sich in den Besitz setzt, und denjenigen, der im Besitz ist, herauswirft. Ein solcher Spoliant ist kein Praedo, und ersetzt keine fructus percipiendos. Inzwischen hat er doch ein Spolium begangen, und den Besitzer, auf eine unerlaubte Art aus dem Besitz gesetzt. Martini procesf. tit. XI. §. 5. n. 27. Overbecks Meditationen. 7. Bd. Med. 365. §. 3. S. 88.

(3) Mev. 8. D. 387. Faber ad Cod. 8. 3. defin. 1.

(4) Das Interdictum unde vi dauert nur ein Jahr; war famosum. Hingegen die Spolienklage ist nach canonischen Rechte perpetua und nicht famosa. Denn man kann in der gerechtesten Meinung ein Spolium begehen. In welchem Falle die Spolienklage nach 30 Jahren angestellet werden könne, s. Faber ad C. 8. 3. 15. Cramer Obs. 1374.

(5) Mev. 1. D. 44. n. 1. 7. D. 159. Schmidts summarischer Proceß §. 104. — Zu solchem Beweise sind aber keine summarische Zeugen-Verhöre, die ein Notarius besorgt, hinlänglich. Unbeschworne Zeugen beweisen nicht.

(6) Dies wird gewöhnlich erlaßen, wenn der Klage summarische Zeugenverhöre beygelegt worden. In solchem Fall kann auch der Beklagte summarische Zeugenverhöre zur Bescheinigung seiner Einreden beylegen. Indeß sind dergleichen Bescheinigungen nicht hinlänglich und es muß auf Beweis erkannt werden. Engau P. 2. decis. 52. n. 2.

(7) Auch die exceptio doli personalis, kann vorgeschützt werden. Faber ad Cod. 8 3. 30.

(8) Mev. 1. D. 25.

§. 48.

Die Einrede des Spolii ist I) ihrer Natur nach keine zerstörliche, sondern eine verzögerliche Einrede, weil sie den Grund der Klage nicht zernichtet, sondern nur von der Einlaßung auf die Klage befreien soll (1). Sie geht nicht directe auf die Restitution der spoliirten Sache, sondern auf die Ablehnung der Klage, dahin nemlich, daß der Beklagte vor der Restitution der spoliirten Sache nicht verbunden sey, sich auf die Klage einzulaßen (2). Der Beklagte ist daher auch nicht einmahl zur eventuellen Einlaßung verbunden.

Diese Einrede steht II) nach canonischem Rechte dem Spoliirten zu, gegen jede Klage, die der Spoliator entweder vor dem verübten Spolio angestellt hat, oder nach dem begangenen Spolio noch anstellt, und hat die

Wir-

Wirkung, daß der Spoliirte nicht verbunden ist, vor der Restitution der spoliirten Sache sich einzulassen. Es ist auch gleich, ob eine, oder mehrere Klagen gegen den Spoliirten angestellt werden. Er ist nicht verbunden, sich auf eine neue Klage einzulassen; auch läßt er sich nicht weiter auf die schon angestellte Klage ein, und wenn auch die angestellte Klage noch so gegründet seyn möchte (3).

Die Einrede des Spoliums kann III) zu jeder Zeit und in jedem Theile des Proceßes vorgeschützt werden. Wird sie a) im Anfange des Proceßes vorgeschützt, so hat sie die Wirkung einer Proceßverhindernden Einrede, und der Beklagte ist nicht verpflichtet, sich eher auf die Klage einzulassen, als bis die spoliirte Sache restituirt worden ist. b) Wird sie mitten im Lauf des Proceßes vorgeschützt, so hemmt sie den weitern Fortgang des Proceßes, bis die Restitution geschehen ist.

Wird sie c) zu Ende eines Proceßes gegen die Hülfsvollstreckung vorgeschützt, so darf die Hülfsvollstreckung nicht eher geschehen, als bis der Kläger die spoliirte Sache restituirt hat. Nur muß die Einrede des Spoliums sogleich liquide seyn, und gehörig bescheinigt werden.

(1) Hierauf muß also die Bitte vom Beklagten gerichtet werden. Es kann aber der Beklagte auch neben der Exception zugleich die Widerklage anstellen, und darin die Restitution des Spolii verlangen. (actio spolii; remedium recuperandae possesionis). Sibrand D. sistens jur. singular. decad. 2. p. 16. Jac. Schultes Obs. forens. 25. S. 191. — Wernher T. 2. P. 10. O. 345.

(2) Dadurch hat man den Kläger per indirectum zur Restitution der spoliirten Sache zwingen wollen. Hellfeld Ipdt. for. §. 1853. Engau P. 1. decis. 23. n. 5. Wernher P. 1. O. 350. n. 10.

(3) Dies scheint sehr hart zu seyn. Auf eine gerechte Klage muß sich jeder Beklagte einlaßen. Die Einrede des Spoliums hält den Proceß auf. Der Kläger läßt vielleicht die Spolienklage liegen; und will der Beklagte die Restitution der spoliirten Sache bewirken, so muß er die Spolienklage anstellen. Denn die Einrede des Spoliums befreit ihn blos von der Einlaßung, geht aber nicht auf die Restitution der Sache. — Nach gemeinen Rechten kann die Einrede des Spoliums jeder Klage entgegengesetzt werden, wenn sie gleich mit ihr in keiner Verbindung steht. Nach der Pommerschen Praxi muß aber die Einrede des Spoliums wenigstens einige Verbindung mit der Sache haben, wegen welcher hauptsächlich gegen den Beklagten geklagt ist. Mev. 4. D. 70. 9. D. 10. Coch. prax. 3. S. 355. Gerdes op. S. 641. ab Engelbrecht Obs. 127. S. 651. — Einem dritten Besitzer im guten Glauben kann sie nicht entgegengesetzt werden. I. H. Böhmer J. E. P. 2. 13. §. 16. — Wernher T. 2. P. 10. O. 357.

§. 49.

Fortsetzung.

Die Einrede des Spoliums muß vom Beklagten gehörig bewiesen werden. Er muß also zeigen, daß er die Sache beseßen habe, und daß ihm der Besitz durch eine unerlaubte Handlung entzogen worden sey. Der Beweis soll binnen funfzehn Tagen beygebracht werden (1). Es ist aber nach der Praxi hinlänglich, daß der Beweis binnen 15 Tagen angetreten wird, und zwar von der Zeit an, da das Beweis-Interlocut, worin auf die Bescheinigung der Einrede erkannt ist, die Rechtskraft erhalten hat. Die Vollführung des Beweises ist nicht an diese 15tägige Frist gebunden (2). Es sind dabey alle Beweismittel, auch selbst die Eides-Zuschiebung zuläßsig (3). Der Kläger kann besondre Fragstücke übergeben und den Gegenbeweis (Gegenbescheinigung) führen (4). Ist die Einrede des Spoliums erwiesen, so wird die Hauptsache auf Ansuchen des Beklagten nicht weiter fort-

Haupt-

gesetzt, so lange die spoliirte Sache nicht restituirt worden ist.

(1) d. h. binnen vierzehn Tagen. Denn 14. Tage heißen bey den Italienern und Franzosen, funfzehn Tage. (quinze jours). Das canonische Recht spricht daher von 15. Tagen.

(2) Die Vollführung des Beweises hängt nicht von dem Beklagten, sondern von dem Richter ab, und es ist daher hinlänglich, wenn der Beklagte den Beweis zur gehörigen Zeit angetreten hat. Sibrand D. sistens jurium singularium decades duas. Rost. 1724. §. 7. S. 14. f. Wernher T. 1. P. 1. O. 350.

(3) Wernher T. 2. P. 9. O. 35.

(4) Von der Zeit an, da ihm die Beweisartikel (Bescheinigungsartikel) zur Einreichung der Fragstücke mitgetheilt worden sind.

Tit. 3.

Vom possessorischen Proceß zu Beybehaltung des Besitzes.

---

§. 50.

Die hieher gehörigen Rechtsmittel.

Der possessorische Proceß zu Beybehaltung des Besitzes (retinendae poss.) betrift die Frage: ob der jetzige Be-

Besitzer, der von einem andern beunruhiget wird, bey dem Besitz zu schützen sey, oder ein besseres Recht zu dem Besitz habe, als der Stöhrer.

Zu den Rechtsmitteln, sich beym Besitz zu erhalten, gehört besondrrs I) das Interdictum: uti possidetis, und utrubi, wenn man eine gewisse Sache in seinem eignen Namen besitzt, und von dem andern im Besitz beunruhiget wird (1).

II) Noui operis nunciatio, Verbot eines neuen Werks; welches statt findet, wenn Jemand auf seinem eigenen, oder fremden Grund und Boden wider den bisherigen Besitz und Form, zum Nachtheil eines andern, etwas zu baueu, oder das, was schon erbauet ist; niederzureißen, oder zu ändern anfängt. Es wird vorausgesetzt, daß das neue Werk schon angefangen, jedoch noch nicht vollendet sey. Das Verbot des neuen Werks kann außergerichtlich, oder gerichtlich geschehen, wenn wider den Urheber des neuen Werks geklagt wird. Das Gesuch geht dahin, dem Beklagten bey Strafe anzubefehlen, daß er mit der Fortsetzung des neuen Werks so lange inne halte, bis ausgemacht seyn wird, ob er solches zu unternehmen befugt sey.

III) Interdictum: quod vi aut clam., welches statt findet, wenn Jemand mit Gewalt, oder heimlich, oder auf beyde Art, auf, oder über seinem eigenen, oder unsern Grund und Boden, oder einer damit unmittelbar verbundenen Sache, zu unserm Nachtheil etwas unternommen, d. i. gebauet, eingerissen, oder verändert hat.

VI) Interdictum de precario; wenn Jemanden bittweise etwas bewilligt worden ist, und er dessen Wiederabtretung verweigert.

Vom

V) Interdictum de migrando; welches dem Miethsmanne zusteht, wenn er die Miethe bezahlt, und andre aus dem Mieth-Contract entspringende Verbindlichkeiten erfüllt hat, gleichwohl aber von dem Vermiether behindert wird, auszuziehen, und die in das gemiethete Haus gebrachten Sachen mitwegzunehmen.

(1) Bey unkörperlichen Sachen, oder Gerechtsamen, findet das Interdictum uti possidetis utile statt Dies begreift folgende Interdicte unter sich: Interdictum de superficiebus; de itinere actuque privato; de aquae ductu; de aqua quotidiana; aestiva; fontana; ex castello; de rivis reficiendis; de cloacis. Schmidts summarischer Proceß §. 179.

§. 51.

Summarischer und ordentlicher possessorischer Proceß.

Das remedium retinendae possessionis ist entweder ein possessorium summarium, oder ordinarium.

Der summarische possessorische Proceß (possessorium summarium, siue summariissimum) betrift blos den Streit über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz. Der ordentliche possessorische Proceß, (possessorium ordinarium) betrift den Streit über den ältern und rechtmäßigern Besitz (1).

In dem summarischen possessorischen Proceß sucht der Besitzer in dem neuesten und gegenwärtigen Besitz, in welchem er von einem andern beunruhigt wird, geschützt zu werden (2).

(1) Mencken de Act. 1780. S. 127. f.

(a) Das possessorium summariissimum betrift also blos das Interdictum redinendae possessionis, weil der wirkliche Besitzer es anstellt, um in seinem Besitz geschützt zu werden. Es geht also nicht auf das remedium adipiscendae et reeuperandae possessionis; weil der Kläger bey diesen beyden Rechtsmitteln nicht im Besitz ist, sondern durch ersteres einen noch nie gehabten Besitz zu erlangen, durch letzteres aber einen verlohrnen Besitz wider zu erhalten sucht. In beyden Fällen befindet sich, nach seinem eignen Geständniße, ein Andrer im Besitz. Stryck de Act. sect. 2. m. 2. §. 8 S. 268. Hertel meditationes ad Stryckii introduct. ad praxin forens. (1721) c. 1. §. 18. S. 11.

§. 52.

a) Summarischer possessorischer Proceß.

Der summarisch possessorische Proceß, oder der Streit über den jüngsten Besitz setzt voraus, A) daß Kläger in dem jüngsten, gegenwärtigen, ruhigem Besitze einer Sache, die er zu besitzen fähig ist, sich befinde; B) daß Kläger von seinem Gegner in dem Besitz, oder in der Ausübung des Besitzes beunruhiget worden sey.

Der Kläger muß sich daher A) wirklich im Besitz befinden, und zwar I) in dem jüngsten, oder neuesten Besitz; d. i. nach welchem kein andrer zum Besitz gelangt ist. Hätte der Gegner einen neuern Besitz für sich, so würde dieser dabey geschützt werden müssen. Haben beyde zu gleicher Zeit einen Besitz erlangt, so sind auch beyde darin zu schützen.

II) in dem gegenwärtigen Besitz, d. i. er muß gegenwärtig, zur Zeit der angestellten Klage im Besitz seyn.

III) im ruhigen Besitz; d. i. welchen er ohne Widerspruch des Gegners, gegen welchen er klagen will, erlangt, oder ausgeübt hat.

IV)

IV) in dem Besitz einer körperlichen, — beweglichen, oder unbeweglichen Sache, — oder in dem Besitz einer unkörperlichen Sache; d. i. in der Ausübung eines Rechts, (Quasi Besitz). z. B. des Jagdrechts. — Hiebey kömmt es blos auf ausgeübte, ruhige, Besitzhandlungen an. z B. daß er die Jagd ruhig ausgeübt und gejagt habe. Hiezu ist schon eine Besitzhandlung hinlänglich, wenn nur der Gegner selbiger nicht widersprochen, sondern selbige genehmiget hat; obgleich solche in der Folge zum gegenwärtigen Rechtsstreit die Veranlassung gegeben hat (1).

(1) Mev. 3. D. 91. *Stryck* de act. s. 2. m. 2. §. 8. L. Postii tr. Mandati de manutenendo, siue summariissimi possessorii. Obs. 18.

§. 53.

Fortsetzung.

V) Der Kläger muß fähig seyn, die Sache, oder das Recht zu besitzen. Der summarische possessorische Proceß hat daher nicht statt α) in Ansehung solcher Sachen, die überhaupt kein Gegenstand des Commerciums sind, oder welche zu erwerben, der Kläger an sich physisch, oder moralisch unfähig ist; β) auch hat dieser Proceß nicht gegen den Landesherren statt, 1) in Ansehung der Regalien, weil diese der Regel nach von Unterthanen und Privatpersonen nicht beseßen werden; 2) wenn vom Besitz der Befreiung von öffentlichen Abgaben die Rede ist (1); und überhaupt γ) in dem Fall, wenn gegen den Besitzer eine Rechtsvermuthung streitet, die nicht sofort entkräftet werden kann.

VI) Auf die Beschaffenheit des Besitzes wird hier nicht gesehen. Der Besitz des Klägers kann daher α) ein

ein natürlicher Besitz seyn. Jeder Besitzer kann hier als Kläger auftreten; nicht blos derjenige, der als Eigenthümer, und vermöge eines eigenen Rechts den Besitz hat, oder eine Gerechtigkeit ausübt, sondern auch ein bloßer Inhaber der Sache; mithin insonderheit der usufructuarius, der Pfandgläubiger und Inhaber eines Pfandes, gegen jeden, der ihn beunruhigt, auch gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz überlaßen hat; der Pächter einer Sache, gegen den Verpächter, der ihn aus dem Besitz zu werfen drohet, und gegen jeden Dritten; der Commodatarius; der Depositarius gegen einen Dritten, nicht gegen den Deponenten; der Bittweise besitzt, gegen einen dritten, nicht gegen seinen Concedenten, von dem er die Sache, oder das Recht bittweise erhalten hat; der Verwalter einer fremden Sache, z. B. der Vormund, Curator; auch der Mitbesitzer, wenn ihn sein Mitbesitzer in dem Besitz beeinträchtiget. Denn mehrere können eine Sache besitzen, und eine Gerechtigkeit ausüben. z. B. das Weiderecht, die Koppel-Jagd. Der Besitz des Klägers kann β) fehlerhaft seyn. d. i. Der Kläger kann mit Gewalt, heimlich, oder bittweise besitzen. Genug, daß der fehlerhafte Besitz nicht sofort dargethan werden kann (2). Ist jedoch der Besitz offenbar fehlerhaft, oder kann der Beklagte sofort erweisen, daß der Kläger die Sache mit Gewalt, heimlich, oder bittweise besitzt, so kann auch der Kläger nicht verlangen, daß ihn der Richter bey einem offenbar fehlerhaften Besitze schütze (3).

Der Kläger muß B) in dem ruhigen Besitze, oder in der Ausübung seiner Gerechtsame von dem Gegner beunruhigt worden seyn. Die Beeinträchtigung kann geschehen α) mit Worten, durch Protestation und Drohungen, den Besitzer aus dem Besitze zu werfen; nur

müssen

müssen wirkliche Thätlichkeiten zu besorgen seyn. β) mit Werken; durch Pfändungen und andre Thathandlungen.

(1) Schmidt summarischer Proceß §. 79.

(2) Mev. 9. D. 117. Böhmer de act. sect. 2. c. 4. §. 15. Carrach annotat. ad Böhmer de act. S. 228. Hommel Rhapf. Obf. 178. und 277.

(3) Das Interdictum uti posfidetis kann zwar nach römischen Rechten nur derjenige gebrauchen, welcher fehlerfrey, — nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise, — besitzt. Allein die heutige Praxis sieht hierauf nicht, und wenn der vom Beklagten entgegengesetzte fehlerhafte Besitz nicht sofort klar, oder erweislich ist, so wird auf selbigen in dem summariissimo keine Rücksicht genommen. Schmids Commentar über Klagen und Einreden. §. 152. Schaumburg prax. L. 2. c. 4. §. 3. not. 2. — Mülleri promtuarium j. nov. 1795. voc. posfesforium summariisf. n. 17. und 24. Kind Quaest. forenf. 2. cap. 32. S. 187.

§. 54.

Vom Kläger und Beklagten.

Der Kläger ist hier derjenige, welcher im jüngsten, gegenwärtigen, ruhigen Besitz gestört worden ist; wenn er gleich nicht in seinem eigenen Nahmen, sondern blos natürlicher Weise besitzt (1). Der Erbe kann nur in dem Fall als Kläger auftreten, wenn er den Besitz fortgesetzt hat und im Besitz sich befindet; und in diesem Fall klagt er nicht als Erbe, sondern als Besitzer.

Der Beklagte ist jeder, welcher den Kläger im Besitz beunruhiget. Gegen den Erben des Stöhrers, als Erben, kann nicht geklagt werden. Fährt aber der Erbe fort, den Kläger zu beunruhigen, so ist er, als Stöhrer, wegen seiner eigenen Handlung, in Anspruch zu nehmen.

Wenn

Wenn beyde Parteyen Besitzhandlungen vorgenommen haben, und jede von der andern in der Ausübung des Besitzes beunruhiget worden ist, so sieht man auf die letzte ruhige Besitzhandlung, die ohne Widerspruch und mit Genehmigung des Gegners an einem Orte vorgenommen ist. Schreiten beyde Theile zur Klage, so vertritt jeder von ihnen Klägers und Beklagtens Stelle (2).

Es kann in dem summarischen possessorischen Proceß auch ein dritter, als Intervenient auftreten, nur muß er sofort bescheinigen, daß er sich in dem von den streitenden Hauptparteyen angesprochenen Besitz befinde (3).

(1) Wenn der Kläger weiß, daß er nichts weiter, als den jüngsten Besitz für sich hat, und er also unterliegen muß, wenn das possessorium ordinarium, oder petitorium gegen ihn angestellt wird, so thut er wohl, wenn er nicht klagt, weil er sich nur unnöthige Kosten macht. Denn wenn er in possessorio ordinario, oder petitorio verliehrt, so muß er die in possessorio summariissimo verursachten Kosten mit ersetzen.

Sieht der Kläger, daß er in petitorio seine Intention ohne große Weitläuftigkeit behaupten und sein Recht ausführen kann, so ist es besser, wenn er sogleich das Petitorium anstellt; ausgenommen, wenn Gefahr beym Verzug ist, oder der Besitz mit einem einträglichen Genuße verbunden ist.

(2) Consil. Tübing. 1. Consil. 34. n. 31. Böhmer de act. S. 2. c. 4. §. 14.

(3) Mev. 3. D. 96. 7. D. 371. 372.

§. 55.

Von der Klage.

In der Geschichts-Erzählung muß der Kläger anführen, a) daß er sich im jüngsten, gegenwärtigen, ruhigen Besitz der Sache, oder des Rechts befinde. Er

muß

muß daher genau bestimmen 1) den Gegenstand, in dessen Besitz er sich befindet, und bey dessen Besitz er geschützt seyn will; auch 2) bemerken, zu welcher Zeit, und auf welche Art er den Besitz ausgeübt habe. Die bloße Erklärung, daß er sich im neuesten Besitz befinde, ist nicht hinlänglich. Er muß daher die neueste Besitzhandlung anführen, damit der Richter sieht, daß der Gegner keinen neuen Besitz erlangt habe. Ueberdies muß b) in der Geschichts Erzählung die Beunruhigung im Besitze, und auf welche Art sie geschehen, angeführt werden.

Die Bitte geht dahin, den Kläger bey dem Besitze so lange zu schützen, bis der Beklagte in dem ordentlichen Besitz, oder Rechtsstande (in possessorio ordinario, vel petitorio) ein anderes dargethan haben wird.

Mit diesem Hauptgesuch kann ein Nebengesuch verbunden werden; nemlich, wenn die Stöhrung mittelst einer Pfändung geschehen ist, dem Beklagten anzubefehlen, die abgepfändeten Sachen unentgeldlich zurückzugeben; den Beklagten zu Erstattung der Kosten und Schäden anzuhalten; ihm die fernere Stöhrung im Besitz bey nahmhafter Strafe zu untersagen, oder ihm deshalb die Bestellung hinlänglicher Sicherheit für die Zukunft aufzuerlegen (1).

(1) Die Cautio de non amplius turbando ist in den Gesetzen nicht gegründet, sondern durch den Gerichtsgebrauch eingeführt. Sie kann durch ein mündliches Versprechen geleistet werden, und hat daher wenigen Nutzen. Ist eine fernere Beunruhigung vom Beklagten zu befürchten, so pflegt der Richter, statt auf die Caution zu erkennen, den Beklagten bey nahmhafter Strafe alle fernere Turbation zu untersagen. Schmidts Commentar über die Klagen. §. 144. Böhmer de act. S. 2. c. 4.

§. 56.

§. 56.

Verfahren.

Hat A) der Kläger nicht nur den jüngsten Besitz, oder seine Besitzhandlungen, sondern auch die von dem Gegner geschehene Stöhrung, oder doch seinen Besitz sofort bescheiniget, so kann nach den Umständen der bedingte, oder unbedingte Mandats-Proceß angestellt werden.

Der Richter ist auch verpflichtet, allen zu besorgenden Gewaltthätigkeiten durch zweckdienliche Mittel vorzubeugen, und zu dem Ende den Gegenstand des Besitzes einstweilen sequestriren, (1) oder beyden Parteyen die Ausübung der Besitzhandlungen vor der Hand bey Strafe untersagen (2).

Hat B) der Kläger den Besitz bey Anbringung der Klage nicht sofort, oder nicht gehörig bescheinigt, so findet der unbestimmte (regelmäßige) summarische Proceß statt, da die Gesetze in diesen Sachen keine besondre Verfahrungsart vorgeschrieben haben. Der Beklagte wird daher zur kurzen Einlaßung auf die Klage vorgeladen, und es wird ein kurzer Termin zum Behör der Sache angesetzt. In dem Termin wird bis zur Duplic verfahren.

I) In der Einlaßung hat der Beklagte blos darüber sich zu erklären, ob er den vom Kläger behaupteten jüngsten Besitz, oder die von demselben behaupteten Besitzhandlungen und die angeblich geschehene Stöhrung einräume, oder abläugne (3).

II) Was die Einreden betrift, so finden a) von den verzögerlichen Einreden nur diejenigen statt, die das Wesen des Proceßes und die unrichtig gewählte Proceß-

art

art betreffen (4). b) Als zerstörliche Einreden kann der Beklagte nur diejenigen vorschützen, wodurch der Grund der Klage zernichtet wird. z. B. daß des Klägers Besitz nicht der jüngste, auch kein ruhiger, oder offenbar fehlerhaft sey (5).

Illiquide zerstörliche Einreden, die das Recht selbst, oder die Rechtmäßigkeit des Besitzes betreffen, sind unzuläßig.

Läugnet der Beklagte den Besitz, und die Stöhrung, oder eines von beyden, so muß der Kläger das Abgeläugnete bescheinigen.

(1) T. O. 3. 4. §. un. H. G. O. 3. 5. §. 7. 8. In der Regel darf zur Sequestration nicht geschritten werden.

(2) Gewöhnlich bey Androhung einer Gefahr. Bey geringen Leuten bey Androhung des Gefängnisses.

(3) Es kann auch der Beklagte in seiner Antwort auf die Klage Bescheinigung beybringen, daß er in dem jüngsten Besitz sich befinde, und bitten, daß er darin geschützt werde.

(4) Exceptio legitimationis; incompetentis judicis.

(5) Kann der Beklagte den fehlerhaften Besitz sofort erweisen, so muß er damit gehört werden.

§. 57.

Fortsetzung.

Die Bescheinigung kann durch Zeugen, Urkunden, (1) und Eideszuschiebung, auch durch Vermuthungen (2) geführet werden. Ein vollkomner Beweis ist nicht erforderlich, sondern nur eine Bescheinigung, welche den jüngsten Besitz ersehen läßt. Die Zeugen müs-

sen

sen beeidigt werden (3). Der von einem Notar verfertigte Zeugenrotel ist zuläßig; Nur ist die Vereidung der Zeugen nicht zu unterlaßen, welche auch nach der Praxi durch den Notar geschehen kann.

Die Aussage eines einzigen glaubhaften Zeugen ist hinlänglich. Beweisartikel und Fragstücke sind nicht erforderlich (4). Einreden wider die Personen der Zeugen werden nicht in Betracht gezogen, wofern sie nicht sehr erheblich und sogleich klar sind. Offenbar verwerfliche Zeugen werden nicht zugelassen (5).

Wird dem Kläger durch ein Interlocut die Bescheinigung auferlegt, so ist dem Beklagten auch die Gegenbescheinigung nachgelaßen (6). Diese Gegenbescheinigung geht auf die Fehler des Besitzes, die darin bestehen, daß der Kläger mit Gewalt, heimlich, oder bittweise besitze (7). Die feierliche Eröfnung des Zeugen Rotels und ein besonderes Verfahren über den geführten Beweis fällt weg.

(1) Privat-Urkunden müssen recognoscirt werden. Kind Quaest. for. 2. c. 32. S. 195.

(2) Wernher P. 2. O. 433. Leyser sp. 433. m. 3. sp. 568. m. 6.

(3) Pufendorff 2. O. 112.

(4) Wenn ein Zeuge abgehört wird, so kann er auch sofort mit dem Zeugeneide belegt werden, da hiedurch kein größerer Aufenthalt verursacht wird. Ein unbeeidigter Zeuge hat keine Glaubwürdigkeit. Mev. 8. D. 492. Coch prax. 4. c. 4. §. 6. S. 38. Dies ist auch durch das Rescript des K. h. Trib. an das K. Hofgericht v. 22. März 1790. J. S. der verwittweten von Stumpfeld c. von Thun, in pto. j. venandi, bestätigt worden.

(4) Wenn der Richter, oder Notar die Zeugen blos summarisch über gewisse Puncte abhört, so muß er sie über alle factische

tische Umstände, mithin auch über die Fehler des Besitzes, weil sie zu den Umständen des Facti gehören, genau befragen, und die Wahrheit zu erforschen suchen, auch das Verhör so dirigiren, daß der Beweissatz erschöpft wird.

(5) Ein solcher verwerflicher Zeuge ist der, welchen die Sache mit angeht.

(6) Hat der Kläger schon bey Einreichung der Klage die Bescheinigung, z. B. Zeugen Aussagen, Urkunden beygebracht, so muß der Beklagte gleich bey der Einlassung die Gegenbescheinigung einreichen, oder sich eine kurze Frist dazu erbitten. Mev. 6. D. 300 Unterläßt er dies, so erkennt der Richter sogleich nach beygebrachter Bescheinigung des jüngsten Besitzes, ohne die Gegenbescheinigung abzuwarten. Er kann auch auf bessere Bescheinigung erkennen.

(7) Auf den ältern und bessern Besitz und auf das Petitorium darf sie nicht gehen. — Der Beklagte kann auch seinen Mitbesitz bescheinigen.

§. 58.

Fortsetzung.

Das Erkenntniß ist 1) entweder ein Interlocut, wenn z. B. auf Bescheinigung erkannt wird; oder ein Endurthel. Dieses bestimmt, ob der Kläger im Besitz zu schützen sey, oder nicht. Wird er im Besitz geschützt, so wird dem Beklagten das possessorium ordinarium, oder petitorium vorbehalten, um seinen ältern und bessern Besitz, oder sein Recht auszuführen.

II) Der Schaden- und Kosten-Punkt wird in dem Interlocut, wie auch in der Definitiv-Sentenz gewöhnlich übergangen; weil selbst das Definitiv-Erkenntniß die Sache nicht völlig, sondern blos den Punkt entscheidet, wer einstweilen in dem Besitz zu schützen sey. Indeß kann doch darüber erkannt werden, wenn der Kläger obsiegt, mithin von dem Gegner widerrechtlich in dem ruhigen Besitz gestöhrt, und in Kosten gesetzt worden ist; oder wenn

der

der Kläger verliehrt, und seinen Besitz und die angebliche Stöhrung nicht bescheinigt hat (1).

III) Die gegen ein in dem summarischen Proceß gesprochenes Erkenntniß ergriffenen Rechtsmittel haben nur eine Devolutiv-Wirkung, insofern dadurch blos eine weitere Untersuchung bewirkt wird (2).

IV) Stellt der Unterliegende das Petitorium an, so ist der Sieger nicht eher verbunden, sich darauf einzulassen, als bis der Unterliegende alles in den vorigen Stand gesetzt, — z. B. die genommenen Pfänder wieder abgeliefert, — und dem Urthel im summarischen Proceß völliges Genüge geleistet hat.

(1) Kind Quaest. for. 2. c. 34. S. 199.

(2) T. O. 2. 1. §. 15. Nach der H. G. O. 3. 4. §. 3. rec. 1737. n. 76. ist der Appellation völlig zu deferiren. Sind jedoch Thätlichkeiten zu besorgen, so kann der Iudex a quo das Nöthige provisorisch verfügen.

§. 59.

b) ordentlicher possessorischer Proceß.

In dem ordentlichen possessorischen Proceß sucht der Kläger den ältern und rechtmäßigern Besitz zu behaupten. Es wird hier also blos über die Beschaffenheit des Besitzes, d. i. über das Alter und die Rechtmäßigkeit desselben, gestritten.

Diese Proceßart kann derjenige wählen, welcher in dem summarischen Besitz-Proceß untergelegen hat, — (er sey der Kläger, oder der Beklagte), — wider den Sieger, der bey seinem jüngsten Besitz geschützet worden ist, um dadurch seinen ältern und rechtmäßigern Besitz zu behaupten (1). Während dieses ordentlichen possessorischen

rischen Proceßes bleibt der Beklagte im Besitz, in welchem er in dem possessorio summariissimo geschützt worden ist.

Gleich Anfangs, und ohne das summariissimum anzustellen, wird der ordentliche possessorische Proceß alsdann gewählt, wenn es gewiß ist, daß der Gegner in dem jüngsten und neuesten Besitz sich befindet, oder daß der Gegner die jüngsten Besitzhandlungen ausgeübt hat, und solche erweisen kann. Doch pflegt man in solchem Fall sofort das Petitorium anzustellen.

(1) In verschiedenen Fällen kann von dem in summariissimo Unterliegenden nur das Petitorium angestellt werden; wenn z. E. Cajus in dem Mitbesitz, oder Quasi Besitz auf dem benachbarten Felde zu hüten geschützt worden ist, und Besitzhandlungen für sich hat; der unterliegende Titius aber nicht beweisen kann, daß der Besitz des Gegners fehlerhaft ist.

§. 60.

K l a g e.

In der Geschichts-Erzählung muß der Kläger seinen ältern und rechtmäßigern Besitz anführen und beweisen. Er sucht daher darzuthun, a) daß er seit mehrern Jahren den Besitz gehabt habe, mithin sein Besitz älter und auch rechtmäßiger sey, als der jüngere Besitz, bey welchem der Gegner geschützt worden ist (1); b) oder daß der Besitz des Gegners fehlerhaft sey (2). Es steht ihm frey, seinen Beweis deshalb sofort durch Urkunden, oder Eides-Zuschiebung beyzubringen, oder anzutreten.

Hingegen hat der Kläger nicht nöthig, den rechtmäßigen Titel, wodurch er zur Sache gelangt ist, zu beweisen. Kann er aber den Titel, z. B. daß er die Sache gekauft, geschenkt, oder vermacht erhalten, sofort,

z. B. durch den Kaufbrief, bescheinigen, so kann er auch solchen zur Colorirung des Besitzstandes anführen, jedoch mit der Protestation, daß er den Titel blos zur Information des Richters, nicht aber in der Absicht, sich aus dem possessorio in das petitorium zu begeben, angeführt haben wolle.

Das Gesuch geht dahin, den Kläger in possessorio ordinario, (z. B. des Jagdrechts) so lange zu schützen, bis Beklagter in petitorio ein anderes ausgeführet habe; mithin Beklagter sich des Besitzes und aller fernern Beeinträchtigung zu enthalten, und die Schäden und Kosten zu erstatten habe.

(1) Kann der Kläger den ältern Besitz erweisen, so wird vermuthet, daß der jüngere Besitz fehlerhaft sey. Bey dem Besitz des ältern Besitzers kommt es auf einen Augenblick an, daß man eher, als der andre den Besitz erhalten habe.

(2) d. i. daß der Gegner den Besitz mit Gewalt, heimlich, oder bittweise erhalten habe.

§. 61.

Weiteres Verfahren.

Bey dem ordentlichen possessorischen Proceß tritt der unbestimmte (regelmäßige) summarische Proceß ein. Gewöhnlich aber wird bey demselben, wie bey dem ordentlichen petitorischen Proceß, verfahren.

Es finden daher I) alle dilatorische und zerstörliche Einreden statt, nur müssen diese nicht das Recht selbst betreffen, indem hier nur über den Besitz gestritten wird.

II) Der Beweis wird dahin gerichtet, daß der Kläger sich in dem ältern Besitz befinde; wobey die Zeit zu

zu bestimmen ist. Z. B. daß er seit zwey, oder mehrern Jahren, folglich eher und länger in dem Besitze, als sein Gegner, sich befinde, und des Gegners Besitz fehlerhaft sey.

Der Gegenbeweis wird dahin gerichtet, daß der Besitz nicht ruhig, sondern durch Pfändungen und andre rechtliche Mittel unterbrochen und gehindert, oder daß der Besitz mit Gewalt, heimlich, oder bittweise ausgeübt sey, oder, daß der Kläger in einem eben so alten Mitbesitz sey.

Hat III) der Kläger a) den Grund seiner Klage bewiesen, so wird für ihn gesprochen. Das in dem summarischen possessorischen Proceß gesprochene Urthel wird aufgehoben, der Kläger wird im Besitz geschützt, dem Beklagten werden alle Beeinträchtigungen untersagt, und er wird nach Beschaffenheit der Sache in die Kosten verurtheilt. Haben beyde Theile den Mitbesitz bewiesen, so sind beyde darin zu schützen.

Hat b) der Kläger nichts erwiesen, oder ist sein Beweis durch den Gegenbeweis entkräftet, so wird das in dem summarischen possessorischen Proceß gesprochene Urthel bestätigt, und der Unterliegende wird in die Kosten verurtheilt, wenn nicht ein Grund zur Kosten Compensation eintritt.

Dem Unterliegenden wird das Petitorium vorbehalten. Dies geht auf die Behauptung des Rechts, oder einer Gerechtigkeit, oder Freyheit (1). In dem Petitorio wird blos auf das Recht selbst, und dessen rechtlichen Grund, nicht aber auf den Besitz, Rücksicht genommen, wofern nicht der Besitz so beschaffen, daß er eine Präscription bewirkt, und mithin die Stelle des Titels vertritt.

IV) Das in dem ordentlichen possessorischen Proceß gesprochene Urthel ist in Ansehung des Besitzes entscheidend, weil wegen des Besitzes keine Klage angestellt werden kann. Es spricht dem Sieger den vollkommnen Besitz zu, und ist wegen der Vortheile des Besitzes sehr wichtig. Es finden auch deshalb alle sonst zuläßige Rechtsmittel dagegen statt (2).

V) Zögert der Ueberwundene in Anstellung des vorbehaltenen Petitorii, so kann ihn der Sieger, ex Lege diffamari, zur Klage auffordern, wenn ihm an der Beendigung der Sache gelegen ist. Dem Ueberwundenen wird sodann aufgegeben, binnen Rechtsfrist solches anzustellen, mit der Verwarnung, daß er im Unterlaßungsfall wider den Provocanten nicht weiter gehört werden solle.

(1) Dahin gehört die Rei. Vindicatio, hereditatis petitio, actio confessoria, und negatoria, hypothecaria.

(2) T. O. 2. 1. §. 18.

IV Abschnitt.

Tit. 1.

Vom Arrest-Proceß.

§. 62.

Vom Arrest.

Caution, Vorstand, ist eine Sicherheit, die man einem Andern wegen einer zu erfüllenden Verbindlichkeit leistet, weil zu besorgen ist, daß diese Verbindlichkeit nicht werde erfüllt, und dem Andern ein Nachtheil dadurch werde zugefügt werden. Die Caution ist eine ordentliche oder außerordentliche. Die ordentliche wird durch bloßes Versprechen, durch einen Eid, durch Unterpfand, durch Bürgen; und die außerordentliche durch Arrest und Sequestration bestellt (1). Die ordentliche Caution macht die Regel aus. Die außerordentliche fin-

findet Ausnahmsweise nur aus besondern Gründen und wenn die ordentlichen Sicherheitsmittel unanwendlich sind, Statt.

Der Arrest, Kummer, Verkümmerung, Beschlag (2) ist ein außerordentliches Sicherheitsmittel, oder eine Art der außerordentlichen Caution; (3) und wird blos zur Sicherheit gesucht, damit eine Person, welche Etwas bezahlen oder leisten soll, sich nicht entferne, oder damit die Sachen, die zu des Gläubigers Befriedigung dienen, nicht hinweggeschaft werden. — In Rücksicht auf den Richter, ist der Arrest ein Befehl desselben, daß eine Person, oder bewegliche Sache, an dem Orte, wo sie gegenwärtig ist, bleiben soll.

Das Object des Arrestes, oder des Arrest-Befehls ist entweder eine Person, oder eine bewegliche Sache oder eine Person mit ihren bey sich habenden Sachen. Der Arrest ist daher ein persönlicher, dinglicher, oder vermischter Arrest (4). Der persönliche Arrest ist weit nachtheiliger und tritt nur ein, wenn der Schuldner der Flucht verdächtig ist und wenn der Gläubiger durch einen real Arrest nicht gesichert werden kann (5).

(1) Die Sequestration ist mit dem Arrest verwandt, jedoch nicht völlig mit ihm einerley. Durch jene verliehrt der Inhaber den Besitz; durch diesen nicht. Westphals Pand. S. 52.

(2) T. O. 3. 3. H. G. O. 3. 5. Coch praxis 1. S. 19. 4. S. 25. Friedensberg pract. S. 137. Mevius de arrestis. 1645. *Gail* de arrestis imperii *Voet* ad D. 2. 4. §. 17 - 65. Consil *Tubing*. 5. Consil 30. n. 1 — 105. S. 204. *Holland* de arrestis. Tubing. 1731.

Mecklenburg H. G. O. 2. 39. Land. Vergl. §. 414. Spaldings Repertor. j. mecklenb. S. 154. 316. 689. Ditmars Suppl. zum Spaldingschen repertor. S. 12. 2 Suppl. S. 93.

Zuweilen ist der Arrest ein Executionsmittel; zuweilen eine Strafe des Ungehorsams.

(3) Der Zweck des Arrestes ist die Sicherheit des Gläubigers; damit die Güter des Schuldners nicht während des Processes bey Seite geschaft werden. Mev. 4. D. 338. n. 1. 7. D. 234. n. 1. 3. D. 55. n. 2. Holland de arrest. S. 111.

(4) Der persönliche Arrest ist Stadt- oder Stuben-Arrest; enger, und weiter Arrest. Brunquell de Processu arresti. §. 37. Der weite Arrest geht nach den Umständen bald auf die Person, bald auf die Sachen des Schuldners zugleich. Hofmanns T. R. Praxis §. 374. — Der Arrest ist ferner ein rechtmäßiger, oder unrechtmäßiger. Jener wird nach vorgängiger Untersuchung der Sache angelegt, und setzt voraus, daß die nothwendigen Erforderniße der Arrest Anlegung vorhanden sind. G. A. Struve de j. arc. c. 1. §. 11.

(5) C. A. Struve de j. arc. c. 1. §. 8.

§. 63.

Der Arrest kann I) in peinlichen (1) und bürgerlichen Sachen gebraucht werden. Wird er in bürgerlichen Sachen gebraucht, so kann dies geschehen, a) wenn schon wegen einer Forderung geklagt und der Schuldner rechtskräftig zur Bezahlung verurtheilt worden ist. Hier ist der Arrest ein Executionsmittel und wird zur Vollstreckung des rechtskräftigen Urthels gebraucht (2). — b) wenn wegen einer Forderung noch nicht geklagt, oder der Schuldner noch nicht rechtskräftig verurtheilt worden ist. Dies ist der Arrest in der engern Bedeutung und ein außerordentliches Sicherheitsmittel, welches nur subsidiarisch ist und nicht anders gebraucht werden kann, als wenn ein ordentliches Rechtsmittel fehlt (3).

II) Der sogenannte Arrest-Proceß ist keine besondre Art des bürgerlichen Proceßes, setzt keine besondre Klage voraus, und betrift blos die Art und Weise, wie der Arrest gesucht, angelegt, erhalten und wieder aufgehoben wird, mithin die Verfahrungsart bey dem Arreste. (4). Die Anlegung des Arrestes in Schuldsachen,

die

die vor erhobener Klage gesucht und erkannt wird, ist blos ein vorbereitender Proceß. Indeß entsteht nicht selten die Frage, ob der Arrest rechtmäßig oder nicht rechtmäßig gesucht, und angelegt sey, und ob solcher, als ein unrechtmäßiger Arrest, wieder aufgehoben und der dadurch verursachte Schaden ersetzt werden müße. Auch dieser Punkt betrift den Arrest, nicht aber die Hauptsache, oder die Forderung, wegen welcher der Arrest gesucht und erkannt ist, und darf damit nicht vermischt werden, indem die Forderung gegründet, der Arrest aber demohngeachtet ohne rechtmäßige Ursache gesucht und erkannt seyn kann, mithin der Impetrant dieſ durch den unrechtmäßigen Arrest verursachten Schäden und Kosten zu ersetzen verbunden ist. Das Verfahren hierüber macht keine besondre Art des Proceßes aus (5).

Wird der Arrest in einer schon anhängigen Streitsache gesucht, so ist der sogenannte Arrest-Proceß auch kein vorbereitendes Rechtsmittel.

Der Arrest, in sofern er als Sicherheitsmittel gebraucht wird, giebt übrigens III) dem Gläubiger nach gemeinem und Lübschem Rechte, kein Pfandrecht, oder Vorzug vor andern Gläubigern (6).

(1) Mev. 3. D. 190.

(2) T. O. 3. 3. §. 1.

(3) T. O. 3. 3. §. 2. f. Mev. de arrest. c. 3. n. 11. Cramer Wetzl. Nebenst. 110. Th. S. 299. Voit. ad D. 2. 4. §. 25. Consil. Tubing. 5. 30. Der Arrest ist eine Art der Execution, und man darf den Proceß nicht mit dem Arrest anfangen, ausgenommen in den nach den Gesetzen erlaubten Fällen. G. A. Struve de j. arr. c. 2. §. 1.

(4) Mev. de arr. c. 17. n. 19. 20. S. 138. „Arrestum quoad processum nihil ordinat, aut immutat. — Cetera relinquit sub juris praescripto, ut omnia sibi locum

vin-

vindicent, quae in alio processu obtinent, ideoque processus arrestatorius ordinarium sapere dicitur."

5) Ludovici Civil Proceß C. 4. §. 8. „Diese Art des angelegten Arrestes ist nur ein Vortrab der künftig anzustellenden Klage, damit der Gläubiger durch dieses außerordentliche Sicherheitsmittel versichert sey, daß er nach erfolgtem obsieglichem Urthel, das Seinige erhalten werde.

Die Anlegung und Aufhebung des Arrestes, wird zu den processualischen Zwischenhandlungen und zu den Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit gezählt, die eine Untersuchung der Sache erfordert; ob nemlich die Schuld, weswegen Arrest gesucht wird, wahrscheinlich gemacht, und eine Gefahr deshalb vorhanden, mithin eine rechtmäßige Ursache zur Arrestanlegung da sey. G. A. *Strube* de jure arresti c. 1. §. XI. c. 2. §. 2. Vergl Nettelblatt pract. R. Gelehrs. 1784. §. 914. Holland de arrest. S. 24

(6) Lübsches R. 5. 12. art. 5. Wernher 7. Obs 204. Kind Quaest. forens. Tom. 2. c. 43. S. 246. Claproth summar. Proc. §. 139. — Mev. de arr. c. 15. n. 9.

§. 64.

Von der Gerichtsbarkeit.

Der Richter muß in Ansehung des Arrestes competent seyn (1). Es kann daher der Arrest I) bey demjenigen Richter gesucht werden, bey welchem wegen der Hauptsache, oder der Forderung, wegen welcher der Arrest angelegt werden soll, geklagt werden kann; mithin a) bey dem ordentlichen Richter des Wohnorts, oder Geburtsorts (in foro domicilii, originis); b) bey dem privilegirten Richter des Schuldners, oder auch c) in dem Gericht, wo der Contract geschloßen war, wenn der Schuldner, oder seine Sachen in diesem Gerichtsstande sich befinden (2). II) Bey demjenigen Richter, unter dessen Jurisdiction, zur Zeit der Arrestanlegung, die zu arretirende Person, oder Sache, sich befindet, obgleich der zu arretirende nur eine durchreisende Person ist, oder die Sachen durchgehende Güter sind. III) Wider einen

Vaga-

Vagabunden; imgleichen IV) wider einen flüchtigen Schuldner, oder welcher der Flucht wegen verdächtig ist, er sey wes Standes er wolle, wird der Arrest an jedem Orte, wo man ihn, oder seine Güter antrift, gesucht und angelegt (3). Wenn V) mit der Klage das Arrestgesuch verbunden, oder in einem anhängigen Rechtsstreit beyläufig (incidenter), aus einer rechtmäßigen, und erst jetzt sich äußernden Ursache, die Arrestanlegung gebeten worden ist, so wird der Arrest von dem Richter der Hauptsache erkannt und angelegt; und ist die zu arretirende Person, oder Sache, nicht unter seiner Jurisdiction anzutreffen, so wird an den gehörigen Richter ein Requisitionsschreiben wegen der Arrestanlegung erlassen. Uebrigens kann VI) der Arrest nur von demjenigen Richter angelegt werden, welcher die Vollstreckung (nicht aber eine bloße Untersuchung) hat (4).

VII) Eigenmächtig darf ein Gläubiger die Person des Schuldners, oder dessen bey sich führenden Sachen nicht anhalten. Die Verabredung, daß der Gläubiger seinen Schuldner, oder dessen Güter eigenmächtig arretiren könne, ist unwirksam. Seinen auf der Flucht begriffenen Schuldner kann man aber feste machen, wenn die richterliche Hülfe nicht erlangt werden kann (5). Dies muß jedoch dem Gericht, sobald thunlich ist, angezeigt, und der Arrest gehörig verfolgt werden.

(1) Mev. de arr. c. 5. n. 7.

(2) Holland de arrest. S. 13. Pufendorff 1. O. 167.

(3) G. A. Struve de j. arr. c. 2. §. 3.

(4) Holland de arr. S. 19. — Der Arrest ist eine Art von Execution. Wer die Execution nicht verfügen kann, kann auch nicht den Arrest anlegen. Mev. c. 5. n. 8. 23. G. A. Struve de j arr. c. 2. §. 3. — An einigen Orten können nur gewisse Magistratspersonen, die Arrest Sachen

chen besorgen. Zu Stralsund muß der Arrest in der Stadt und den Vorstädten (Dämmen) bey dem Untergericht gesucht und gebeten werden; hingegen Arreste auf den Brücken und Stadt-Wagen werden bey dem Cammergericht gesucht. Stralsund G. O. C. 2. §. 1. C. 3. §. 2. C. 33. §. 2. 3. 4. 5. — Nach der Rostockschen Gerichts Ordnung 2. 7. art. 2. gehören Arrest Sachen vor die Niedergerichte Rost. Gem. B. v. 21. Aug. 1747. §. 1. 2. Arreste auf Rostockische Bürger können von der H. Justiz Canzley nicht angelegt werden. Regulat. Jurisd. v. 1748. §. 4.

(5) G. A. Struve de j. arr. c. 2. §. 2. ab Engelbrecht Obs. 95. not. 9. 10. S. 539. Stralſ. G. O. C. 33. §. 4. 5. Mecklenb. H. G. O. 2. 39. §. 1. Claproth summ. Proc. §. 107. 117. 118.

§. 65.

Zuweilen begründet der Arrest einen besondern Gerichtsstand.

Ein zur Sicherheit erkannter Arrest begründet an und für sich nicht die Competenz des Gerichtsstandes in der Hauptsache, und ein incompetenter Richter kann durch die bloße Anlegung des Arrestes, in der Hauptsache nicht competent werden (1).

Wenn daher der Arrest erlaubt seyn, und die Wirkung haben soll, daß die Hauptsache in dem Gerichtsstande des Arrestes ausgemacht werde, so muß die Jurisdiction des arretirenden Richters schon aus einem andern Grunde fundirt seyn; die Gerichtsbarkeit desselben ist aber ohne Arrest schon gegründet wenn bey dem ordentlichen Richter des Wohnorts, oder des Geburtsorts, oder bey dem privilegirten Richter, (2) oder bey dem Richter der gelegenen Sache, oder des geschlossenen Contracts, oder des begangenen Verbrechens, um Arrestanlegung nachgesucht, und solcher auch wirklich angelegt worden ist (3).

(1) Die Gesetze haben nicht verordnet, daß, — wenn Jemand, oder dessen bewegliche Güter, von einem Richter, dem sie nicht unterworfen sind, wegen der Gefahr im Verzug, mit Arrest belegt worden sind, — er daselbst wider Willen in der Hauptsache sich einlassen, und die Entscheidung der Hauptsache von dem arretirenden Richter erwarten müsse. Strube 5. Bed. 88.

(2) Es kann der Arrest a) in dem Fall gesucht werden, wenn der Schuldner unter keinem fremden, sondern unter seinem ordentlichen, privilegirten Richter sich befindet, aber nicht angesessen und der Flucht wegen verdächtig, oder sonst Gefahr für den Gläubiger vorhanden ist, wenn der Arrest nicht verhängt würde. b) Es kann indeß auch der Arrest verfügt werden, wenn der Schuldner unter einer fremden Jurisdiction sich befindet, es aber schwer seyn würde, ihn bey seinem Richter zu belangen, und wenn er oder seine Sache an dem Wohnort des Gläubigers, oder an einem andern bequemen Ort anzutreffen ist. Ludovici Civil Proceß C. 4. §. 2.

(3) Cramer Wetzl. Nbst. 110. Th. S. 300. *Kind* Quaest. for. T. 2. c. 43. S. 247. Mev. de arr. c. 15. n. 25. 26.

Nach Lübschem Rechte aber, und nach dem Gerichtsgebrauche zu Stralsund wird die Jurisdiction des Judicis arrestantis, prorogirt. Stralsund G. O. C. 33. §. 13. — Mev. 3. D. 36. und 1. D. 243.

§. 66.

Nur gegen den Schuldner kann Arrest gesucht werden.

Nur gegen den Schuldner kann der Arrrest gesucht werden, gleichviel, auf welchem Rechtsgrunde die Schuld beruhet, und ob er aus einem Contract, oder Quasi Contract, Delict, oder Quasidelict, oder aus andern Gründen, verbunden, und ob er etwas zu geben, oder zu thun verpflichtet sey (1). Es kann daher Jemand nicht für einen andern arretiret werden (2).

Der Arrest findet aber nicht statt 1) wenn Jemand unbewegliche Güter besitzt, woraus die Schuld, weswegen Arrest gesucht wird, bezahlt werden kann, (3) wenn

er sie der Schuld wegen verpfändet, oder verhypothecirt (4). II) Ein persönlicher Arrest findet in der Regel nicht statt a) gegen eine Person, die wirklich im Dienst des Staats ist; b) nicht gegen Geistliche; jedoch können sie inhaftirt werden, wenn sie der Flucht wegen verdächtig sind, oder schon auf die Flucht sich begeben haben; der Arretirte muß aber dem gehörigen Richter übergeben werden (5). c) nicht gegen Soldaten, die im Dienst sind; jedoch können sie arretirt werden, wenn sie ein Verbrechen verübt haben. d) Gesandte können so lange ihre Gesandschaft währet, in dem Staat, worin sie als solche aufgenommen sind, nicht arretirt werden. III) Kaufleute und ihre Waaren sind während der Meßzeit, wegen der vor der Messe contrahirten Schuld vom Arrest befreiet. (6) In peinlichen Sachen sind sie dem Arrest unterworfen. Während der Jahr- und Wochenmärkte können Kaufleute arretirt werden. IV) Ein Moratorium, und V) ein sicheres Geleit schützen gegen den Arrest, so lange der Schuldner keine Anstalt zur Flucht macht (7). VI) Jacente hereditate kann kein Arrest statt finden (8). VII) Wer die Rechtswohlthat der Competenz hat, ist vom persönlichen, nicht aber vom Real Arrest frey (9).

(1) Hahn de j. arr. §. 21. Holland de arr. S. 32.

(2) Vormünder, Curatoren, Procuratoren, Verwalter fremder Güter, factores, Institores, die einer fremden Handlung vorgesetzt sind, können wegen der Schuld ihrer Herrn, nicht arretirt werden. Holland de arr. S. 71. 79. Jedoch kann gegen den Schuldner meines Schuldners Arrest gesucht werden, obgleich dem Gläubiger die Schuldforderung nicht cedirt worden ist. Mev. de arr. c. 8. n. 189. c. 9. n. 35. Hahn de arr. §. 43. Holland de arr. S. 75. Mev. 6. D. 365. n. 2. 3. D. 55. n. 1.

(3) Consil Tubing. 5. 30. n. 60. und 57. n. 40. Die Bescheinigung, daß der Beklagte mit vielen Schulden behaftet sey, ist zur Anlegung des Arrestes nicht hinlänglich, wenn

er unbewegliche Güter besitzt. Ein anderes ist es, wenn dessen Unzahlungsfähigkeit von dem Gläubiger nachgewiesen werden könnte. Wernher 7. O. 194.

(4) Mev. 8. D. 332. Holland de arr. S. 75. — Preuß. G. O. 1. 29. §. 10. Brunquell de proc. arr. §. 38.

(5) Hahn de arr. §. 38. Geistliche und milites können aber von ihrem ordentlichen Richter arretirt werden. Mev. de arr. c. 8. n. 93. P. 9. D. 71. Holland de arr. S. 57.

(6) Mev. de arr. c. XI. n. 11 — 15. Hahn §. 108. Das Privilegium geht blos auf Reichsmessen. (nundinae solennes et ab imperatoribus privilegiatae), nicht auf Jahr- und Wochen-Märkte (nundinae annales et hebdomadales a statibus imperii institutae), wofern dergleichen Privilegium nicht durch unverdenkliche Zeit, oder ausdrückliche Landesherrliche Concession erworben ist. Holland S. 70.

(7) Ein moratorium gilt aber nur, wenn hinlängliche Caution durch Bürgen bestellt ist. Es muß auch nicht wegen solcher Schulden gebeten werden, die unter dem Indult nicht begriffen sind. z. B. Kirchenschulden. Mev. de arr. c. 8. n. 170. Holland S. 73.

(8) Hahn de arr. §. 54. 56. Claproth summarischer Proc. §. 120. Holland S. 93.

(9) Mev. c. 8. n. 59. 173. c. 9. n. 57. Consil Tub. 6. 66. n. 24. Pufend proc. civ. c. 6. §. XI.

§. 67.

Zu Stralsund darf in der Regel ein Bürger weder des andern Bügers Person, noch Landbegüterte, welche die Stralsundische Jurisdiction anerkennen, arretiren lassen. (1). Fremde hingegen und deren Güter können aus rechtmäßigen Gründen arretiret werden. Ausgenommen a) Geistliche; (2) (b) Professoren und andre Academici (3) c) Milites: doch können ihre Sachen, die sie zum Militair-Dienst nicht nöthig haben, arretiret werden (4).

Hat

Hat übrigens eine Stadt das Privilegium non arrestandi erhalten, so geht dies auch auf einzelne Bürger. Die Stadt Stralsund und die Bürger daselbst haben ein Kaiserliches Privilegium, daß ihre Sachen anderwärts nicht mit Arrest belegt werden können (5).

(1) Strals. G. O. C. 33. §. 9. Consil. Tubing. Vol. 2. Consil. 3. n. 18. Rostock. G. O. 2. 10. Art. 9.

(2) Protocoll. Senat. Sund. v. 10. Sept. 1662. Rescript der K. R. R. v. 7. Febr. 1663, in v. Balthasars tr. de. matric. eccles. im Anhange n. 63. S. 109.

(3) Mev. de arr. c. 8. n. 93.

(4) Mev. 9. D. 21. de arr. c. 8. n. 109.

(5) Mev. de arr. c. 8. n. 125. Dergleichen Privilegium haben auch verschiedene andre Städte erhalten. z. B. Frankfurt am Mayn, Bremen. Holland de arr. S. 79. Westphals Pand. S. 52. Nach dem Meckl. Land. Vergleich von 1755. §. 414. sollen „der von der Ritterschaft und Landbegüterten Unterthanen und Hintersaßen, deren Wagen, Pferde, oder andre bewegliche Güter, — dafern selbige wegen der Flucht außerhalb Landes nicht verdächtig, oder nicht schon auf der Flucht begriffen sind, mithin außer den Fällen, in welchen die Hofger. O. 2. 39. die Arreste erlaubt, — Schulden halber anderwärts unter Fürstl., oder städtischer Jurisdiction, mit Arrest nicht belegt, sondern ihre Gläubiger deshalb an den ordentlichen Gerichtsstand erster Instanz verwiesen werden." add. §. 421. Von Arretirung in peinlichen Fällen.

Der Arrest soll nicht erkannt werden auf die Hebungen der Güstrowschen Raths-Witwen-Casse; auch nicht auf die Entschädigungsgelder der städtischen Brand-Assecurations-Gesellschaft. H. Verord. v. 9. May 1787. und vom 9. Dec. 1785. —

§. 68.

Vom rechtmäßigen Arrest.

Der Arrest wird rechtmäßiger Weise gesucht und erkannt, wenn er auf des Gläubigers Ansuchen von dem com-

competenten Richter erkannt wird; und wenn der Gläubiger vor der Anlegung des Arrestes beweiset, daß der Schuldner ihm wirklich schuldig sey, oder es wenigstens wahrscheinlich macht, daß seine Forderung richtig und gegründet, auch bescheiniget, daß er wegen seiner Forderung in Gefahr sey (1). Ohne Noth darf der Arrest nicht angelegt werden (2).

(1) *Hahn* de j. arrest §. 89.

(2) Consil. Tubing. Vol. 5. Consil. 30. n. 58. Der Arrest ist nur ein subsidiarisches Rechtsmittel, und eine Art der außerordentlichen Caution, mithin nur zuläßig, wenn ein ordentliches Rechtsmittel nicht anwendlich ist; Mev. de arrest. c. 3. n. 11. oder der Gläubiger ohne Arrest, das Seinige auf eine andre Art, nicht erhalten kann.

§. 69.

Ursachen, um welcher Willen Arrest erkannt werden kann.

Der Arrest wird in bürgerlichen Sachen blos auf des Gläubigers Ansuchen, ehe der Schuldner deshalb gehört worden ist, von dem competenten Richter erkannt (1). Dies kann nur geschehen, wenn wichtige und dringende Ursachen zur Arrest-Anlegung vorhanden sind (2); d. i. wenn der Gläubiger I) eine liquide Forderung hat, oder es doch wahrscheinlich macht, daß seine Forderung gegründet sey (3). II) Wenn er auch wegen seiner Forderung in Gefahr ist, und dies gehörig bescheiniget. Ein vollständiger Beweis der Gefahr ist nicht erforderlich. Der Gläubiger ist aber in Gefahr, wenn er befürchten muß, daß die künftig zu verhängende Execution vergeblich, oder sehr beschwerlich seyn werde (4), mithin Gefahr beym Verzuge ist. Nur aus Noth kann der Arrest verhängt werden. Eine solche Noth ist aber nicht vorhanden, wenn keine Gefahr im Verzuge ist.

(1) Aus eigener Bewegung wird in bürgerlichen und privat Sachen vom Richter zum Besten einer Partey kein Arrest angelegt; und wenn auch die Forderung des Klägers völlig klar ist; weil er nicht wissen kann, ob der Kläger auf dem ordentlichen Wege Rechtens seine Schuldforderung einklagen, oder Arrest suchen wolle. Mev. de arr. c. 5. n. 26. Hahn de j. arr. §. 90.

(2) T. O. 3. 3. §. 2. „Wie die Arreste, in der Regel verboten sind, und ein jeder am ordentlichen Rechte sich begnügen lassen soll, außer in einigen Fällen, von welchen in den Schriften der Rechtsgelehrten (Gail und Mevii tr. de arrestis) weitläuftiger Meldung geschiehet; So soll auch Unser Obergericht mit Arresten ohne dringende und vernünftige Ursachen, Niemanden beschweren." H. G. O. 3. 5. §. 1. 2. Mev. de arr. c. 6. Stralf. G. O. C. 33. §. 6. 7.

(3) Es ist hinlänglich, daß die Existenz der Forderung wahrscheinlich gemacht werde. Mithin ist an sich nicht erforderlich, daß die Forderung, weshalb Arrest gesucht wird, auch schon vollständig erwiesen; mithin als völlig gewiß und unstreitig gegründet, anzusehen sey. Wernher 3. O. 62. I. H. Böhmer consult. I. 473; 20. II. 962; 7. Kind Quest. for. T. 2. c. 43. Hahn de j. arr. §. 89. — Es ist auch nicht erforderlich, daß die Größe der Forderung sofort klar sey. Mev. de arr. c. 10. n. 19. und 7. D. 85. Danz summarischer Proceß §. 53. n. 4. Claproth summ. Proceß §. 115. Wegen einer illiquiden und ungewissen Forderung kann aber der Arrest nicht verhängt werden. Mev. 3. D. 135 n. 5. Holland de arr. S. 95.

(4) Wenn nemlich die Kosten, welche erforderlich sind, den auswärtigen Schuldner zu belangen, mehr betragen, als die Schuld, und es besser ist, die geringe Schuld zu verliehren, als einen großen Kosten Aufwand zu machen. G. A. Struve de j. arr. c. 2. §. 1.

(5) Consil Tubing. 5. 30. n. 58. 59. Mev. 3. D. 189. n. 6. Gail 2. O. 44. n. 7. —

§. 70.

Zu den besondern Gründen zur Arrestanlegung wegen besorglicher Gefahr gehören folgende: I) Wenn der

Schuldner der Flucht wegen verdächtig ist, und keine unbewegliche Güter, oder sonstiges Vermögen besitzt, woran der Gläubiger sich erholen kann (1); oder wenn der Schuldner schon die Flucht ergriffen hat, oder wenn ein Reisender, mit welchem man contrahirte, und welcher aus dem Contracte etwas schuldig geworden ist, weder Zahlung, noch Sicherheit leistet, obgleich ihm nicht creditirt worden ist. II) Wenn der Schuldner, — welches jedoch zu bescheinigen ist, — sein Vermögen verschwendet, oder durchbringt, oder in Gefahrvolle und verwikkelte Geschäfte sich einläßt, so, daß eine Unzahlungsfähigkeit entstehen kann; oder wenn er seine Sache veräußert, oder wegbringt, oder aus dem Lande mit dem Seinigen wegziehen will, und nicht so viel an liegenden, oder sonst gewissen Gütern zurück läßt, daß der Gläubiger sich daran erholen kann (2), mithin dieser keine Sicherheit hat, oder doch nur mit großer Schwierigkeit zu seiner Forderung gelangen kann. III) Wenn Ansprüche an einen Verstorbenen, gegen dessen unter verschiedenen Gerichten wohnende Erben, die sich theilen wollen, verfolgt werden sollen, und diese nach der Theilung der Erbschaft einzeln, und jeder derselben besonders belangt werden müßte, so kann deshalb Arrest auf die noch vorhandene Erbgüter gelegt werden (3). IV) Wenn von dem ordentlichen Richter des Schuldners keine Hülfe zu erwarten ist, oder solche doch nur schwer zu erlangen seyn würde (4).

(1) Mev. de arr. c. 6. n. 51. Mecklenb. G. H. O. 2. 39. §. 1.

(2) Böhmer consult. 11. 959. 10.

(3) G. L. Böhmer, Rechtsfälle 1799. 1. Bd. 1. Abth. Gutachten 12. N. 43. S. 92. Westphals Pandect. S. 51.

(4)

(4) Brokes Obs. 560. — Dies kann in dem Fall eintreten, wenn der gehörige Richter des Schuldners ein Ausländer ist, Mev. de arr. c. 6. n. 57., und das Recht versagt, oder vergeblich um die Verwaltung der Gerechtigkeit ersucht worden ist. — Zu den besondern Gründen der Arrestanlegung wird auch gerechnet, wenn der Miethsmann aus dem gemietheten Hause ziehen will, ehe er die Miethe bezahlt hat. Indeß hat der Locator schon das Retentions-Recht in Rücksicht der eingebrachten Sachen wegen nicht bezahlter Miethe. Der Arrest wird also nicht nöthig seyn, wofern nicht der Miethsmann seine Sachen mit Gewalt aus dem Hause wegbringen lassen will. In solchem Fall kann ihm von der Obrigkeit untersagt werden, seine Sachen wegzubringen. Mev. de arr. c. 6. n. 55.

§. 71.

Vom Arrestgesuch.

Das Arrestgesuch (petitio arresti) ist der Vortrag, worin der Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung, den Richter ersucht, daß er den Schuldner, oder dessen Sachen mit Arrest belege (1). Der Gläubiger, welcher Arrest sucht, heißt Impetrant; der Schuldner, wider dessen Person, oder Sachen Arrest verhängt werden soll, heißt Impetrat (2). Der Gläubiger, welcher den Arrest sucht und bewirkt, ist eigentlich der Kläger; und muß hernach, mit Anbringung der Klage, den Arrest rechtfertigen. Der Schuldner, Impetrat, ist der eigentliche Beklagte, gegen welchen hernach die Klage angestellet wird (3). Der Gläubiger kann schriftlich, und wenn Gefahr im Verzuge ist, mündlich um die Arrestanlegung bitten. Der Gläubiger, welcher Arrest sucht, muß fähig seyn, vor Gericht zu erscheinen. Will Jemand, als Bevollmächtigter für einen Andern, um Arrestanlegung nachsuchen, so muß er sich mittelst einer speciellen Vollmacht, dazu legitimiren, oder Sicherheit leisten, daß sein Principal alles genehmigen werde (4). Sucht ein Vormund, oder Curator Arrest, so muß er sich

sich als Vormund, oder Curator legitimiren, wenn er als ein solcher dem Gericht nicht bekannt ist. Sucht ein Dritter aus dem Vertrage, oder dem Rechte eines Andern um Anlegung des Arrestes nach, so muß er sofort bescheinigen, daß des Andern Recht ihm abgetreten, und cediret sey (5). Das Arrestgesuch kann übrigens wenn Gefahr im Verzug ist, zu jeder Zeit, selbst in den Ferien und an Festtägen, auch zur Nachtzeit, wie auch vor, und mit der Hauptklage, imgleichen nach geschehener Einlassung, und während eines schon anhängigen Rechtsstreits angebracht und der Arrest hierauf angelegt werden (6).

(1) Es wird immer vorausgesetzt, daß er seine Forderung wenigstens wahrscheinlich gemacht habe, und wegen derselben in Gefahr sey; weil sonst kein Arrest gesucht, und angelegt werden kann, und der Arrest ungerecht seyn würde. G. A. Struve de j. arr. c. 1. §. XI.

(2) Diese Benennung ist nach hiesiger Praxi auch schon vor Anlegung des Arrestes üblich. Sonst wird der Gläubiger vor angelegten Arrest Implorant, Supplicant; und der Schuldner Implorat, Supplicat genannt. Nach angelegten Arrest heißen sie Impetrant, und Impetrat; oder auch Arrestant, und Arrestat.

(3) Mev. de arr. c. 17. n. 2. 12.

(4) Leyser sp. 475. m. 6. Strals. G. O. C. 33. §. 10. Rostocksche G. O. 2. 10. art. 2.

(5) Mev. de arr. c. 10. n. 3. 10. Der Cessionarius hat eben das Recht, was der Cedent hatte. Nur muß er die Cession beweisen. Auch der Erbe des Gläubigers kann Arrest suchen. Er muß sich aber als Erbe legitimiren.

(6) Jedoch nicht zur Meßzeit gegen Kaufleute wegen einer vor der Messe contrahirten Schuld. Mev. de arr. c. XI. n. 11 — 15. Hahn §. 106.

§. 72.

Einrichtung des Arrestgesuchs.

Der Gläubiger und Implorant, welcher A) wegen einer noch nicht ausgeklagten, oder noch nicht ausgemachten Schuldforderung um Arrestanlegung bittet, muß I) seine Forderung, die er nach seiner Behauptung an den Imploraten hat, gehörig darthun. Wegen einer illiquiden, und durch den Widerspruch des Gegners in Zweifel gezogenen Forderung kann der Arrest nicht gesucht, sondern nur der ordentliche Weg Rechtens gewählt werden (1). Ein vollständiger Beweis ist nicht erforderlich; jedoch muß die Forderung wahrscheinlich gemacht seyn. Eine beglaubte Abschrift der Schuldverschreibung ist zur Bescheinigung hinlänglich (2). Die Forderung selbst muß schon jetzt beygetrieben werden können (3).

II) Muß der Implorant in seinem Gesuch die Ursache, weshalb er Arrest zu suchen genöthigt ist, anführen und gehörig darthun; d. i. Er muß die Gefahr, die Forderung zu verliehren, oder die Verfolgung derselben doch sehr erschwert zu sehen, anzeigen und bescheinigen (4), oder wenigstens wahrscheinlich machen. III) Muß er sich zur Bestellung einer hinlänglichen Caution erbieten, nnd damit auf allen Fall gefaßt erscheinen (5). IV) Wird die Bitte hinzugefügt, den Arrest anzulegen. Wobey der Implorant anzeigen muß, ob er einen persönlichen, oder Real Arrest verlange. Bey dem Real Arrest muß er den Gegenstand des Arrestes vorschlagen, oder die Sache angeben, welche mit Arrest belegt werden soll. Nach hiesiger Praxi wird V) die Rubrik gewöhnlich nur im Allgemeinen abgefaßt. z. B. Arrestgesuch nebst Anlage 1 — 7. von Seiten A. zu N., Impetranten, wider B. zu N. Impetraten, in puncto arresti.

resti. Eigentlich aber muß die Rubrik bestimmt abgefaßt, und in derselben die Absicht des Imploranten deutlich angezeigt werden. z. B. Gemüßigtes Gesuch um Verhängung des persönlichen Arrestes; um Beschlagung der ausstehenden Capitalien; des beweglichen Vermögens.

(1) Mev. de arr. c. 10. n. 35. c. 6. n. 70. Consil. Tubing. Vol. 6. consil 66. n. 25. Vol. 5. Consil 30. n. 43. 64. Hahn de j. arr. §. 89. 120. Mecklenb. Pol. O. tit. v. Gerichten §. 7.

(2) Das K. Hofgericht erkennt in der Regel nur erst den Arrest, wenn die Schuldverschreibung in origine zu den Acten gebracht ist.

(3) Stralſ. G. O. C. 33. §. 6. 7. Es ist nicht erforderlich, daß vor angelegtem Arrest die Urkunden von dem Schuldner recognoscirt werden. Die Production und Recognition der Originalien geschiehet bey der Rechtfertigung des Arrestes.

(4) T. O. 3. 3 §. 3. H. G. O. 3. 5. §. 2. Mecklenb. H. G. O. 2. 39. §. 3. Die bloße Anzeige ist nicht hinlänglich; — Consil Tübing. Vol. 5. Conf. 30. n. 54. Mev. 3. D. 135. n. 5. 8. D. 183. n. 4. — sondern die Gefahr muß erwiesen, oder doch wahrscheinlich gemacht seyn. Böhmer Vol. 2. P. 1. *Resp.* 473 n. 20. P. 2. R. 962 n. 7. R. 959. n. 10. Struben 1. Bed. 74. Leyser sp. 475. m. 1. Cramer Obs. T. 1. S. 884. T. 3. S. 694. Dessen Nbst. 116. Th. S. 545.

(5) T. O. 3. 3. §. 4. H. G. O. 3. 5. §. 3. rec. 1737. n. 80. Mecklenb. H. G. O. 2. 39. §. 3. Rostocks. Stadtr. 5. 12. a. 1. — der Gläubiger muß dem Schuldner, gegen welchen Arrest verhängt werden soll, wie auch dem Richter, welcher den Arrest erkennt, dahin Caution bestellen, daß er sie schadlos halten wolle. Consil. Tüb. Vol. 5. Consil. 30. n. 379. 394. 381.

§. 73.

Das vorgedachte Arrestgesuch ist blos ein vorbereitendes Gesuch, und setzt voraus, daß wegen einer

ner nicht ausgeklagten Schuldforderung Arrest gebeten wird.

Zuweilen kann aber B) mit der Hauptklage ein Arrestgesuch verbunden werden. Dieses wird mit Bemerkung der Ursache des gesuchten Arrestes — z. B. daß der Beklagte der Flucht verdächtig, — dem Hauptgesuche angehängt, und gebeten, wegen der eingeklagten liquiden, oder doch sehr wahrscheinlich gemachten Forderung den gebetenen Arrest zu verhängen.

Ist C) in einem schon anhängigen Rechtsstreit ein Arrestgesuch nöthig, so wird dies bey dem Richter, bey welchem der Proceß anhängig ist, mit Anführung der Ursache des Arrestes, angebracht. Die Forderung selbst muß aber liquide, oder doch sehr wahrscheinlich gemacht seyn.

§. 74.

Verfügung des Richters auf das Arrestgesuch.

Ist das Arrestgesuch angebracht worden, so untersucht der Richter I) vor allen Dingen, a) ob der Gläubiger, oder Impetrant fähig sey, im Gericht zu erscheinen, und sich zur Sache und zum Proceß legitimiret habe; b) ob der Impetrat unter seiner Jurisdiction sich befinde, und ob gegen ihn ein persönlicher Arrest, — wenn blos von diesem die Frage ist, — statt habe (1).

Der Richter muß II) überlegen, ob die zur Arrestanlegung nöthigen Erforderniße vorhanden sind, und ob nicht der Arrest anzulegen, oder abzuschlagen sey. Er muß daher in Erwägung ziehen, a) ob die Forderung des Gläubigers wahrscheinlich gemacht worden; und b)

ob die Ursache des Arrestes, d. i. die angebliche Gefahr des Gläubigers hinlänglich bescheinigt sey (2).

Der Richter muß hiebey sehr vorsichtig seyn. Denn wenn α) die Gefahr des Gläubigers seine Forderung zu verliehren, hinlänglich bescheinigt ist, und demungeachtet der Arrest widerrechtlich abgeschlagen, oder verzögert wird, so muß er dem Gläubiger den dadurch zugefügten Schaden ersetzen (3). Wenn hingegen β) die eintretende Gefahr des Gläubigers nicht hinlänglich bescheinigt, oder illiquide ist, und der Arrest demungeachtet widerrechtlich angelegt wird, so kann er von dem Schuldner, oder Imploraten mit der Injurienklage belangt werden, wenn gleich der Arrest: „auf Gefahr des Gläubigers:" oder unter der Clausel: „so viel von Rechtswegen geschehen kann:" erkannt seyn sollte (4).

(1) Mev. de arr. c. 4. n. 10.

(2) G. A. Strube de j. arr. c. 2. §. 4. Es ist hinlänglich, daß der Richter den Arrest rechtmäßig, d. i. wegen einer wahrscheinlichen Forderung und deren Gefahr, angelegt habe. Bey der weitern Untersuchung der Forderung, kann, wenn deshalb die Klage angestellt worden ist, sich ergeben, daß diese Forderung an sich ungegründet, oder durch eine Einrede aufgehoben worden sey. Dieser Punkt betrift aber nicht die Anlegung, sondern die Rechtfertigung des Arrestes; und dem Richter kann deshalb nichts zur Last gelegt worden.

(3) Wernher 7. O. 220.

(4) Mev. c. 4. n. 11. — H. G. O. 3. 5. §. 3. Rec. 1737. n. 38. Consil. Tüb. 5. 30. n. 383.

Der angebliche Schuldner kann auch den vermeintlichen Gläubiger ex L. diffamari auffordern und verlangen, daß er seine angebliche Forderung beweise, bey Strafe des ewigen Stillschweigens. Mev. 7. D. 63. n. 2. und de arr. c. 17. n. 25.

§. 75.

Vorzüglich ist hiebey auf die Person des angeblichen Schuldners zu sehen. Ist dieser von Ansehen, und kann dessen Credit durch den Arrest geschwächt werden, — z. B. er ist ein Kaufmann, — so muß der Richter besonders vorsichtig seyn, und den Arrest nicht ohne eine vollkomne Bescheinigung erkennen (1). Ist hingegen der Schuldner von geringem Stande, dessen Ehre und Credit durch den Arrest wenig, oder überall nicht leiden kann, — z. B. ein Knecht, Bedienter, Handwerksgesell, dessen Lohn und Sachen mit Arrest belegt werden sollen, so bedarf es keiner vollkomnen Bescheinigung. Diese ist auch nicht erforderlich, wenn der Impetrat in Schulden vertieft und der Flucht verdächtig ist.

Wenn es zweifelhaft ist, ob der Arrest anzulegen, und die Gefahr des Verzugs eine genaue Untersuchung der Umstände hindert, so ist der Richter befugt, und nach einigen Gerichtsordnungen auch verpflichtet (2), schon vor Anlegung des Arrestes, von dem Gläubiger eine hinlängliche Caution wegen Schadloshaltung des Gerichts und des Gegners zu verlangen.

Wenn der Gläubiger mit liegenden Gründen angesessen ist, und in solchen Umständen sich befindet, daß er die Entschädigung zu leisten im Stande ist, so kann diese Caution durch ein bloßes Versprechen, den Richter und den Gegner schadlos zu halten, schriftlich, oder mündlich zu Protocoll bestellt werden. In dem entgegen gesetzten Fall ist die Caution durch ein bloßes Versprechen unnütz (3). Kann der Gläubiger keine hinlängliche Caution bestellen, so wird der Arrest nicht erkannt (4).

(1) Mev. 3. D. 135. n. 6. de arr. c. 10. n. 51.

(2) T. O. 3. 3. §. 4. Stralf. G. O. C. 33. §. 8. Mev. 7. D. 85. Holland de arr. S. 20.

(3) Mev. P. 2. D. 257. de arr. c. 4. n. 16. G. A. Struve de j. arr. c. 2. §. 5. Struben 1. Bd. 74 — Stralf. G. O. C. 33. §. 8. Mecklenb. H. G. O. 2. 39. §. 3.

(4) Mev. de arr. c. 4. n. 6. Pufendorff proc. civ. S. 741.

§. 76.

Der Arrestbefehl ist, nach Verschiedenheit des Arrestes, verschieden. Wird I) der persönliche Arrest erkannt, so wird der Schuldner in sichere Verwahrung gebracht. Standespersonen bekommen Hausarrest und eine Wache. Personen von geringem Stande werden in ein öffentliches leidliches Gefängniß gebracht. Hat der Schuldner kein Vermögen, oder befindet sich in schlechten Vermögensumständen, so muß der Impetrant ihm die nöthigen Alimente reichen (1).

Ist II) der Real Arrest zu verhängen, so werden bewegliche Sachen weggenommen, und in das Gericht gebracht. Können sie nicht ins Gericht gebracht werden, so wird dem dritten Inhaber solcher Sachen anbefohlen, daß er sie nicht herausgeben solle (2). Soll ein ausstehendes Capital mit Arrest belegt werden; (z. B. die rückständige Kaufsumme) so wird dem Schuldner des Schuldners anbefohlen, solche demselben bey Strafe doppelter Zahlung, nicht auszuzahlen (3).

Uebrigens können keine erweislich fremde, sondern nur eigene, dem Schuldner ganz, oder zum Theil gehörige Sachen mit Arrest belegt werden (4). Die schon vorher von einem Dritten an solchen Sachen erworbenen Rechte müßen ungekränkt bleiben (5). Unter den Mobilien werden diejenigen zuletzt angegriffen, deren der Schuld=

Schuldner zu seinem nöthigen Unterhalt, oder zur Treibung seines Geschäfts, welches ihm Nahrung giebt, bedürftig ist (6).

III) Zuweilen befindet sich der Implorat oder die zu arretirende Sache unter einer fremden Jurisdiction (7). In solchem Fall muß die Obrigkeit des Orts, wo der Schuldner sich aufhält, oder die mit Arrest zu belegende Sache befindlich ist, ersucht werden, den Schuldner zu arretiren, oder die Sache mit Arrest zu belegen.

IV Dem Imploraten, oder Impetraten muß von dem Arrestbefehl, mündlich, oder schriftlich, mittelst Communication des Arrestgesuchs, Nachricht gegeben werden (8). Dem Imploranten aber wird ein Termin zur Rechtfertigung des Arrestes angesetzt.

(1) Quistorp 2. Bm. 51. S. 187.

(2) Wie ein Arrest auf Schiffe anzulegen, zeigt Quistorp 1. Bm. 46.

Bey unbeweglichen Gütern kann die Untersagung der Veräußerung die Stelle des Arrestes vertreten.

(3) Kind Quaest. for. T. 2. c. 43. Brunquell opusc. S. 253.

(4) Mev. 8. D. 331. Richter de privil. cred. c. 4. sect. ult. n. 35. Hahn de j. arr. §. 71.

(5) Der Arrest wird daher nicht auf solche Sachen ausgedehnt, welche ein andrer Gläubiger vor dem Arrest erhalten hat, oder in Ansehung deren er ein Retentions-Recht, oder die Compensation ausüben kann. Richter de privil. cred. c. 4. S. ult. n. 37. Struve de arresto innocuo. thes. 8. Consil. Tübing. Vol. 6. Consil. 66. Holland de arr. S. 81. 87.

(6) Emolumente öffentlicher Beamten, z. B. Holzgelder, oder andre zufällige Einnahmen, sollen nicht mit Arrest belegt werden. Rescript der K. R. R. an das K. Hofger. vom

vom 6. Dec. 1785. vom 4. Jan. 1786. — Auch nicht Alimenten. Böhmer T. 1. Consult. 121. n. 17. 24. Estor summar. Proc. §. 1924. Mev. de arr. c. 9. n. 53. F. G. Struve de arresto innocuo; vom unschädlichen Arrest. Kil. 1726. thes. 21. S. 17. Holland S. 88. Auch nicht Sallaria öffentlicher Beamten, wenn andre Güter vorhanden sind, woraus die Gläubiger befriediget werden können. Mev. 8. D. 271. 430. Hat der Schuldner außer dem Salario kein Vermögen, so kann auch das Salarium angegriffen werden. Nur muß ihm so viel gelassen werden, daß er leben kann. *Holland* de arr. S. 90. *Böhmer* de clerico debit. S. 85. Nach hiesiger Praxi kann nur das halbe Gehalt mit Arrest belegt werden.

(7) z. B. wenn der Schuldner vor Vollziehung des Arrestbefehls die Flucht ergriffen und an einem fremden Orte sich befindet; oder, wenn wider den Schuldner in dem Gerichtsstande des Wohnungsorts geklagt werden soll, und er hat an einem andern Orte Sachen liegen; oder wenn eine Schuldforderung mit Arrest belegt werden soll, welche der Schuldner an einem unter einem fremden Richter wohnenden Schuldner hat.

(8) H. G. O. 3. 5. §. 4. rec. 1707. n. 116. Mev. 7. D. 409.

§. 77.

Rechtfertigung des Arrestes.

Ist der Arrest vor Anstellung der Klage gesucht und gehörig angelegt, so kann der Schuldner nicht sofort zur Zahlung verurtheilt und angehalten, sondern es muß zuvörderst der Arrest gerechtfertiget werden; d. i. der Gläubiger muß seine Klage, (die sogenannte Arrestklage) wegen der Forderung, weshalb der Arrest angelegt ist, bey dem arretirenden Richter einreichen, und in derselben, a) seine Ansprüche an den Impetraten anführen und vollständig erweisen (1), b) zeigen, daß der Arrest wegen solcher Forderung, und der deshalb eingetretnen Gefahr, mithin aus einer rechtmäßigen

Ur-

Ursache, angelegt worden, und damit ein schickliches Gesuch verbinden.

Das Verfahren hat nichts besonderes, sondern richtet sich nach der Natur der angestellten Klage. Es tritt daher entweder der ordentliche, oder summarische Proceß ein (2). Hat der Impetrant klare Briefe und Siegel in Händen, worin seine Ansprüche gegründet sind, so wird, wie im Executiv-Proceß, verfahren.

Viele Proceß-Ordnungen bestimmen die Zeit, binnen welcher der Impetrant den Arrest, bey Verlust desselben, mit Anbringung der Klage, rechtfertigen, (prosequiren) muß (3), damit der Arrest nicht zu lange daure, und der Schuldner nicht zu lange inhaftiret bleibe, oder seine Sachen nicht zu lange zu seinem Nachtheil entbehre. Solche gesetzlich bestimmte Frist ist als eine Nothfrist anzusehen, so daß nach deren Ablauf der Arrest erloschen ist (4).

Mev. de arr. c. 17. n. 12. Ist dies schon bey Anbringung des Arrestgesuchs geschehen, so bezieht er sich blos auf solches Eine besondere Rechtfertigung des Arrestes ist auch nicht nöthig, wenn man das Arrestgesuch gleich mit der Klage verbunden hat, und solche fortsetzt. Westphals Pand. S. 52. Nach der Rostockschen G. O. 2. 10. a. 5. muß der Impetrant, wenn der Impetrat persönlich vorhanden ist, am nächsten Gerichtstage, sonst aber binnen einem Monath den erlangten Arrest mit Vorbringung seiner Klage verfolgen; widrigenfalls wird der Arrest aufgehoben

(2) Mev. de arr. c. 4. n. 10. c. 17. n. 27. Consil. Tüb. Consil. 30. n. 90. — 94.

Nach der H. G. O. 3. 5. §. 5. wird auf die eingereichte Klage, summarisch, bis zur Duplic verfahren.

(3) Nach der K. T. O. 3. 3. §. 5. muß der Arrest binnen 6 Wochen verfolgt, oder gerechtfertiget werden. Nach der K. H. G. O. 3. 5. §. 4. soll der Impetrant den Arrest binnen Rechtsfrist, d. i. binnen 3 Wochen, von Zeit des erkannten Arrestes, mit Anbringung seiner Klage, rechtfertigen und ver-

verfolgen, oder um Befristung bitten. Unterläßt er dies, so ist der Arrest, nach Ablauf dieser Zeit ipso jure erloschen und aufgehoben. Ueber diese Desertion kann er sich auch nicht beschweren, da es seine eigene Schuld ist, daß er den Arrest nicht binnen der gesetzlichen Frist verfolgt hat. Consil. Tübing. 5. 30. n. 409. — Nach den Braunschweigschen Gesetzen soll zu Erhaltung des Post Credits, die Verarretirung der Gelder auf der Post, nicht ohne höchste Noth vorgenommen, und sodann soll sie *in continenti* justificiret werden. Fredersdorff promtuarium der F. Br. Wolfenb. Land. Verordn. 3. Th. (1785). S. 72.

(4) Holland de arr. S. 98.

§. 78.

Aufhebung des Arrestes.

Der Arrest wird aufgehoben (relaxirt), wenn I) der Gläubiger um dessen Aufhebung bittet, oder wegen seiner Forderung völlig befriediget worden ist; oder den Arrest nicht zur gehörigen Zeit verfolgt (1). II Wenn der Schuldner sein ganzes Vermögen den Gläubigern abtrit. (cesſio bonorum); oder die Unstatthaftigkeit, oder Unrechtmäßigkeit des Arrestes ausgeführt hat (2); und dann wird der Impetrant in alle Schäden und Kosten vertheilt (3). Ist der Arrest verhängt und die Einrede des unrechtmäßig angelegten Arrestes vorgeschützt worden, um die Aufhebung des Arrestes zu bewirken, so wird bis zur Duplic verfahren. In dem Erkenntnisse über die Rechtsbeständigkeit des verhängten Arrestes sieht man nicht auf ungegründete und illiquide Einreden, sondern es behält, mittelst Verwerfung derselben, bey dem angelegten Arrest sein Bewenden (4).

(1) Holland de arr. S. 120. 122. Hahn de arrest. §. 134.

(2) Wenn gegen einen notorisch Angesessenen der Arrest verhängt worden war, indem z. B. der Impetrant unrichtig vor-

vorgestellt hatte, daß der Impetrat seine Güter verkauft hätte und nicht mehr ansäßig wäre, so muß der Arrest wieder aufgehoben werden. Holland de arrest. S. 98. Cramer O. 1383.

(3) H. G. O. 3. 5. §. 5. Mev. de arr. c. 23. n. 15. Böhmer T. 2. P. 2. R. 965. n. 7. 9. Claproth summ. Proc. §. 133. Es kann nicht nur die actio ex L. Aquilia auf die Ersetzung der Kosten, Schäden und des Interesse, sondern auch die Injurien Klage gegen den Impetranten angestellt werden. Mev. de arr. c. 20. n. 8. 9. c. 23. n. 7. Consil. Tübing. Vol. 5. Consil. 30. n. 377. Holland de arr. S. 99. — Rostocksche G. O. 2. 10. art. 8. — add. Mev. de arr. c. 20. n. 10.

(4) Leyser sp. 513. m. 14. Gönners Erörterg. S. 52.

§. 79.

Der Arrest wird III) durch Bestellung einer hinlänglichen Caution aufgehoben. Wobey jedoch folgendes zu bemerken. Ist A) die Forderung des Impetranten erwiesen, so wird der Schuldner zur Zahlung verurtheilt, und der Arrest nicht eher aufgehoben, als bis der Gläubiger befriedigt ist (1). Bey nicht erfolgter Zahlung wird, wenn das Urthel rechtskräftig ist, zur Execution geschrittten. Wenn hingegen B) die Forderung zweifelhaft ist, mithin noch zuvor ausgemacht werden muß, so wird der Arrest auf Verlangen des Schuldners aufgehoben, wenn er hinlängliche Caution durch angesessene und Zahlungsfähige Bürgen, (2) oder durch hinlängliches Unterpfand dahin bestellt, daß er sich allemahl vor Gericht stellen, und dem richterlichen Ausspruch Folge leisten wolle (cautio de judicio sisti et judicatum solvi) (3). Der Gläubiger muß aber über die Caution gehört werden (4). Eine Caution durch den Eid wird der Regel nach nicht zugelassen, wofern nicht der Impetrant damit zufrieden, oder der Schuldner ein rechtschaffener Mann ist (5).

(1) Mev. de arr. c. 25. n. 41. 102. P. 1. D. 240. n. 5. 1. D. 243. n. 4. a Sande in decis. L. 1. tit. 17. defin. 2. Leyser sp. 475. m. 18. m. 11. Niemand ist verbunden statt der Zahlung eine Caution anzunehmen. Die Caution fällt weg, wenn der Arrest als Executionsmittel gebraucht wird. Denn es muß der rechtskräftigen Sentenz ein Genüge geleistet werden. Mev. de arr. c. 25. n. 103.

(2) Mev. de arr. c. 25. n. 71.

(3) Mev. 8. D. 332. Ist Jemand ungebührlicher Weise arretirt und bestellt Caution, so billigt er dadurch den Arrest nicht. Hahn de arr. §. 140.

(4) T. O. 3. 3. §. 6. 7. H. G. O. 3. 5. §. 6. Stralf. G. O. C. 33. §. 17. Der Schuldner und Impetrat muß die Caution gerichtlich bestellen, und den Bürgschaftsschein seinem Gesuch um Aufhebung des Arrestes beylegen; welcher sodann dem Impetraten mitgetheilt wird. H. G. O. 3. 5. §. 6.

(5) Mev. de arr. c. 25. n. 102. Coch prax. 4. S. 33. T. O. 3. 3. §. 8. Conc. der R. C. G. O. 2. 24. 14. 5. 7. Cramer Obs. 964. Hahn de arr. §. 138.

V. Abschnitt.

V Abschnitt.

Von dem Provocationsproceße.

§. 80.

Von der Aufforderung zur Klage.

Es giebt verschiedene Fälle, in welchen man Jemanden zur Anstellung einer Klage auffordern kann. Diese Aufforderung ist entweder eine allgemeine, oder besondere; je nachdem man entweder alle und jede, die ein Recht zu klagen haben, oder nur eine einzelne Person, zur Anstellung einer Klage auffordert. Jene geschiehet durch eine Edictal-Citation (1). Zu der besondern Aufforderung gehört die Provocation ex Lege: Diffamari, und ex Lege: Si contendat. Beyde Rechtsmittel sind sehr verschieden (2). Denn wer den Andern ex L. diffamari provocirt, läugnet, daß dem Gegner eine Klage zustehe. Wer hingegen Jemanden ex L. si contendat auffordert, giebt zu, daß dem Gegner eine Klage zustehe, behauptet aber, daß solche durch eine Einrede entkräftet werde, und sucht seine Einrede zu erhalten.

Beyde Rechtsmittel können daher nicht miteinander cumulirt werden, kommen jedoch darin überein, daß jedes von diesen beyden Rechtsmitteln bey dem competenten Richter des Provocanten, als welcher in der Hauptsache Beklagter ist, angebracht werden muß (3).

Hat übrigens der Provocant einen doppelten Gerichtsstand, und bey einem Gerichte die Provocationsschrift überreicht, so hängt es ganz von dem Ermessen des Klägers in der Hauptsache ab, bey welchem Richter des Provocanten, er seine Hauptklage anbringen will, und die Provocation wirkt keine Praevention (4).

Wer sich der Provocation bedient, heißt der Provocant, und der Gegner Provocat.

(1) Carrach vom Gebrauch der Provocation ex L. diffamari. 1758. in Schotts jurist. Wochenblatt 1. Jahrgang 1772. n. 19. — Pufendorff 3. O. 86. de Canngiesser Decis. 2. 117.

(2) Beyde Arten der Provocation sind nicht in den römischen Gesetzen (L. diffamari. 5. C. de ingenuis manumissis, und in L. si contendat. 28. D. de fideiussoribus) gegründet, sondern durch die Usual Interpretation eingeführt und durch die Reichsgesetze bestätigt worden. Meister opusc. 1. n. 2. Kind Quest. for. 1. c. 85. Hofacker pp. j. §. 4266.

Uebrigens ist der sogenannte Provocations Proceß summarisch zu betreiben; T. O. 2. 5. §. 2. n. 10; jedoch keine besondre Art des summarischen Proceßes. Eigentlich ist die Provocation keine Klage, sondern nur ein vorbereitendes Gesuch, oder eine Aufforderung zur Anstellung der Klage in der Hauptsache, bahnt also blos den Weg zu einem andern Proceße, und gehört zu den Zwischen- oder Nebenhandlungen des Proceßes. Die Hauptsache selbst wird darin nicht verhandelt, untersucht und entschieden. *Mencken Syst.* Pandect. 1754. 5. 1. §. 8. Wernher 1. O. 334.

(3) Gerdes op. 1. 592.

(4) Pütter de praeventione. — Der Provocat kann auch keine Einrede, und kein privilegium de non evocando vorschützen. Mev. 3. D. 213. 8. D. 169. Gerdes 1. op. S. 592. sq. Mevius ad Jus Lübec. 5. 3. art. 4. n. 22. Ein solches privilegium de non evocando haben die Städte Stralsund, Greifswald, Stettin, Anclam, nach welchem die Bürger bey ihrer Stadtobrigkeit belangt werden müßen. cit. Gerdes.

Tit. I.

Vom Diffamationsproceß.

---

§. 81.

Von der Diffamation.

Die Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung, (provocatio ex L. diffamari) setzt eine Diffamation, d. i. ein solches Vorgeben voraus, welches einem Andern nachtheilig seyn kann. Eine solche Diffamation geschieht, a) wenn Jemand sich gerühmt hat, an der Person, oder dem Vermögen des Diffamirten einen Anspruch, mithin eine Klage, zu haben (1); b) wenn Jemand, — ohne sich eines Anspruchs, oder Rechts an dem Diffamirten zu rühmen, — demselben etwas nachredet, welches ihm nachtheilig ist, und weshalb dem Diffamanten keine Klage gegen den Diffamirten zusteht (2).

Es ist hiebey gleichgültig, ob die nachtheilige Behauptung öffentlich, oder in privat Briefen (3), ob sie vorsätzlich, oder aus Irthum geschiehet; ob in der Behauptung eine Beschimpfung liege (4), oder nicht (5). Nur darf sie nicht schon mittelst einer Klage, oder Exception, zum Zweck der richterlichen Entscheidung angebracht worden seyn, weil in solchem anhängigen Proceß der richterliche Ausspruch abgewartet werden muß (6).

Es kann also die Diffamation auf zweyerley Art geschehen. Denn der Diffamant kann entweder I) sich verrühmen, daß er Anspruch an dem Provocanten habe, oder er kann II) ihm blos etwas Nachtheiliges nachgeredet haben, weshalb ihm kein Recht, gegen den Diffamirten zu klagen, zusteht. Diese leztere Art der Diffamation kann hier nicht ausgeschloßen werden; und sie kann oft dem Diffamirten nachtheiliger seyn, als wenn der Diffamant sich gerühmt hat, Ansprüche an dem Diffamirten zu haben, weshalb er zu klagen berechtiget ist.

Die Provocation ex L. diffamari ist daher ein Rechtsmittel, vermöge welches der Diffamirte fordert, daß dem Diffamanten anbefohlen werde, entweder seinen Anspruch, dessen er sich gerühmt hat, wider ihn, den Provocanten, klagend anzubringen; oder die Wahrheit der Diffamation zu erweisen. — Daß dem Provocanten dies binnen Rechtsfrist, und bey Strafe des ewigen Stillschweigens, zu leisten anbefohlen werde, versteht sich von selbst.

(1) z. B. der Diffamant sagt, daß er von dem Diffamirten 2000 rthlr. zu fordern, und eine Hypothek an dessen Gütern habe; oder die Titia giebt vor, sie sey mit dem Diffamirten verlobt, und werde auf die Vollziehung der Ehe klagen.

(2) z. B. dem Diffamirten wird ein Verbrechen nachgeredet, daß er z. B. dem Cajo 500 rthlr. gestohlen, oder mit der Titia einen Ehebruch verübet habe; oder ihm wird eine lasterhafte, unzüchtige Aufführung angeschuldigt; oder ihm werden moralische Fehler, z. B. Trunkenheit, Verschwendung, Ueppigkeit angedichtet; oder sein Vermögenszustand wird als sehr verschuldet ausgeschrieen. Wegen solcher nachtheiligen Behauptungen hat der Diffamant gegen den Diffamirten keine Klage.

(3) z. B. der angebliche Gläubiger bittet in einem privat Briefe um die Bezahlung der Schuld.

(4) z. B. Cajus habe einen Diebstahl verübt.

(5) z. B. Titius sey ihm 5000 rthlr. schuldig. Dies ist an sich nicht schimpflich. Allein es kann seinem Credit nachtheilig seyn.

(6) Wenn daher das Spolium mittelst einer Einrede vorgeschützt ist, so kann während dieses anhängigen Streits die Provocation ex L. diffamari nicht geschehen. Wernher 10. O. 344.

§. 82.

Grundsätze.

Die Provocation ex L. diffamari ist I) nicht immer eine Aufforderung zur Klage. Dies ist sie nur in dem ersten Fall, wenn nämlich die Nachrede darin besteht, daß der Diffamant sich eines Anspruchs, oder einer Forderung verrühmt, weshalb er gegen den Diffamaten klagen kann, und dieser den Diffamaten zur Anstellung der Klage wirklich auffordert (1). In dem andern Diffamationsfall hingegen, — da der Diffamant sich nicht verrühmt hat, einen Anspruch, oder ein Recht zu haben, weshalb er gegen den Diffamirten klagen kann, — ist die Provocation ex L. diffamari keine Aufforderung zur Klage, weil der Diffamant keine Klage gegen den Diffamirten hat, mithin zur Klage nicht aufgefordert

dert werden kann (2). Der Diffamant kann daher blos zum Beweise seiner nachtheiligen Behauptung, aufgefordert werden (3).

Die Provocation ex L. diffamari, hat II) immer statt, wenn Jemanden etwas nachgeredet ist, wodurch dessen Credit, Ehre und guter Nahme, oder sein Glück, einen Nachtheil leiden kann; mithin dem Beleidigten, zur Abwendung des Nachtheils, daran gelegen ist, daß die Unwahrheit solcher Afterrede, und hiedurch seine Unschuld zu Tage gelegt werde; es mag der Verläumder sich a) eines Anspruchs gerühmt haben, welchen er nie gehabt, oder welcher doch schon erloschen ist; oder b) sonst etwas Nachtheiliges geredet haben, weshalb er zu klagen nicht befugt ist, mithin auch nicht zur Anstellung einer Klage, wohl aber zum Beweise der falschen Nachrede aufgefordert werden kann, damit ihm der Mund gestopft und das ewige Stillschweigen auferlegt werde.

(1) z. B. Er sagt, er habe von dem Diffamanten 5000 rthl. ex mutuo zu fordern.

(2) Der Diffamant behauptet, daß die Caja unzüchtig lebe, daß Cajus mit der verehlichten Titia einen Ehebruch begangen habe; daß Cajus in Schulden vertieft sey. In solchen Fällen hat der Diffamant und Injuriant keine Klage gegen denjenigen, den er mit Worten beleidigt und beschimpft hat. Er kann also nicht zur Klage aufgefordert werden; wohl aber zum Beweise der falschen Nachrede.

(3) Weber Beyträge zu d. Lehre v. Klagen. 1795. n. 4. S. 18.

§. 83.

Fortsetzung.

Wenn III) die Aussprengung nur eine bloße Injurie enthält, so kann a) der Diffamant zwar nicht zur

Kla-

Klage, sondern blos zum Beweise seiner Nachrede aufgefordert werden; allein es kann auch b) der Beleidigte gegen den Diffamanten sofort zur Injurienklage schreiten; oder c) die Injurienklage mit der Provocation ex L. diffamari, eventualiter cumuliren (2).

Will IV) der Beleidigte den Gegner blos zum Beweise der üblen Nachrede auffordern, so setzt dies voraus, daß die Injurie von der Art sey, daß dem Beleidigten daran gelegen seyn könne, es öffentlich an das Licht zu bringen, daß der Diffamant nicht im Stande gewesen sey, seine Behauptung wahr zu machen.

Hat V) der Beleidigte sich vorläufig des praeparatorischen Rechtsmittels der Provocation bedient, und den Diffamanten zum Beweise der ehrenrührigen, oder schimpflichen Behauptung aufgefordert, um dadurch zuvörderst seinen guten Nahmen aufrecht zu erhalten, so kann er nachgehends noch die Injurienklage anstellen, um wegen der erlittenen Injurie, Genugthuung zu erhalten.

Es ist VI) ein großer Unterschied zwischen der Verbindlichkeit, das Nachgeredete zu erweisen, und zwischen der Klage wegen eines Verbrechens, besonders, da bey jener nicht die Bestrafung des Diffamanten die Absicht ist. Man kann nicht behaupten, dem Beleidigten sey damit schon genug geholfen, daß er gegen den Diffamanten sofort die Injurienklage anstelle. Diese dient nur dazu, daß der Diffamant gestraft, und nicht nur er, sondern auch jeder Andre, aus Furcht vor der Strafe, von fernerer Nachrede abgehalten wird. Allein sie hindert doch nicht, daß gleichwohl ein jeder das Seine von der Wahrheit der Sache gedenke, und hebt den einmahl geschöpften Verdacht um so weniger auf, als es bekannt ist, daß auch Jemand gestraft werden könne, wenn gleich

die

die Nachrede wahr wäre (3). Die Bestrafung des Diffamanten giebt also keinen Schluß auf die Unschuld des Beleidigten ab, kann auch nicht den Nachtheil der Verläumdung von demselben abwenden.

Ganz anders verhält es sich mit der Aufforderung des Diffamanten zum Beweise der Wahrheit seiner Nachrede. Denn kann der Diffamant seine Nachrede nicht erweisen, sondern muß sich ein ewiges Stillschweigen auflegen lassen, so schließt ein jeder billig, die Nachrede sey eine Verläumdung; jeder achtet den Beleidigten für unschuldig, und dieser erhält Credit, guten Leumund und Glück. Durch die Provocation zum Beweise wird also die Unschuld des Beleidigten andern vor Augen gestellt, um allen Nachtheil von sich abzuwenden, der aus der Verläumdung, oder aus der angeschuldigten injuriеusen Handlung entspringt.

(1) Mev. 1. D. 144. Weber Beyträge zu der Lehre von Klagen. n. 4. S. 32.

(2) Quistorp 2. Bm. 61. S. 231. — Nach der gemeinen Meinung ist die Cumulation der Injurienklage mit der Provocation ex L. diffamari nicht zuläßig.

(3) Mev. 2. D. 205. 3. D. 357. Quistorp peinliches Recht. §. 307.

§. 84.

Fortsetzung.

Wenn VII) der Diffamant nichts beweiset, sondern diesem ein ewiges Stillschweigen auferlegt wird, so bewirkt der unschuldige Diffamirte mit der Aufforderung zum Beweise zugleich dieses, daß bey der nachgehends gegen den Diffamanten angestellten Injurienklage, die

exceptio veritatis wegfällt, und der Diffamant kann sich mit dieser Einrede der Wahrheit, wider die Injurienklage nicht schützen; er kann nicht behaupten, daß die Nachrede wahr sey.

Wenn daher VIII) die Nachrede nicht wahr ist, und nicht erwiesen werden kann, so ist es besser, den Diffamanten ex L. diffamari zum Beweise der erdichteten Nachrede aufzufordern. Denn kann die Nachrede nicht erwiesen werden, und fällt die Unwahrheit des Nachgeredeten in die Augen, so wird ihm deshalb ein ewiges Stillschweigen auferlegt, und der Beleidigte kann nun sicher die Injurienklage anstellen. — Ist hingegen IX) der Diffamat nicht unschuldig, und kann der Diffamant die Wahrheit der Nachrede beweisen, (z. B. den angeschuldigten Diebstahl,) so handelt der Diffamat sehr unvorsichtig, wenn er jenen zum Beweise der Diffamation auffordert. Er kann aber die Injurienklage anstellen, wodurch er allemahl, — die Nachrede sey wahr, oder nicht, — so viel erhält, daß der Diffamant gestraft wird.

§. 85.

Fortsetzung.

Die Aufforderung zur Klage hat X) auch statt, wenn der Diffamant sich gerühmt hat, daß er unter einer gewissen Bedingung, oder nach Ablauf einiger Zeit, an dem Diffamirten, oder dessen Vermögen einen Anspruch habe. Der Diffamirte ist nicht verbunden zu warten, bis die Bedingung erfüllt, oder die Zeit eingetreten ist. Denn durch die Diffamation wird der Credit des Diffamaten geschwächt, und Niemand wird ihm creditiren, wenn es gewiß ist, daß ein dritter wichtige Ansprüche habe (1).

Bey

Bey der Aufforderung zur Klage kann XI) nur der künftige Beklagte den Gegner zur Anstellung der Klage auffordern. Denn die künftige Klage soll gegen den jezigen Provocanten angestellt werden. Er ist als der künftige Beklagte in der Hauptsache anzusehen.

Der Besitzer einer Sache, welcher behauptet, die Sache gehöre ihm zu, kann daher nicht als Diffamant angesehen, und nicht als künftiger Kläger, zur Anstellung einer Klage aufgefordert werden. Der Besitzer ist vielmehr der Beklagte, gegen welchen die Klage, (z. B. die Eigenthumsklage,) angestellt werden muß. Er ist als Besitzer nicht verbunden, zu klagen, den Titel seines Besitzes anzuzeigen und zu erweisen; und kann auch nicht zur Klage aufgefordert werden; gleich viel, ob er nur einen natürlichen, oder bürgerlichen Besitz hat.

(1) Zwar steht der allzufrüh anzustellenden Klage, die exceptio pluris petitionis, causa, vel tempore, entgegen; und wenn die Klage erwiesen würde, so würde doch noch zur Zeit die Condemnation des Beklagten nicht erfolgen können.

Allein der Provocant und künftige Beklagte wird diese Einrede nicht vorschützen; er begiebt sich vielmehr derselben, da er den Diffamanten schon jezt zur Klage auffordert.

Es kann auch der Provocant, wenn die Klage angestellt und erwiesen wird, verurtheilt werden, dem Kläger zu seiner Zeit das Eingeklagte zu leisten. Nur die Execution muß bis zur Erfüllung der Bedingung, oder bis zur eingetretenen Zeit ausgesezt bleiben. Gmelin und Elsäßer gemeinnützige Beobachtungen und R. Fälle 4. Bd. n. 12. Carrach a. a. O.

§. 86.

Von den streitenden Parteyen und dem Richter.

Nicht nur I) der Diffamat, sondern auch dessen Erben können den Diffamanten ex L. diffamari zum Be-

Beweise der nachtheiligen Aeußerung auffordern, um den Credit, oder guten Nahmen dadurch aufrecht zu erhalten.

Hingegen II) die Erben des Diffamanten können nicht provocirt werden; ausgenommen, a) wenn sie die üble Nachrede auch ihrer Seits fortgesetzt haben, oder b) der verstorbene Diffamant auf die Provocation sich schon eingelassen hatte.

Die Provocation zur Klage kann III) nach der richtigern Meinung nicht bey jedem Richter (2), sondern nur bey dem gehörigen Richter des Diffamaten angebracht werden. Denn der Diffamat und Provocant ist in Ansehung der Hauptsache, als Beklagter anzusehen. Der Provocat und Diffamant hat aber unter mehrern competenten Richtern des Provocanten die freye Wahl; denn die Provocation wirkt in Ansehung der Hauptsache keine Praevention.

(1) Der Erbe kann aus der unerlaubten Handlung des Verstorbenen eigentlich nur wegen des Schadens, welchen der Verstorbene zugefügt hat, belangt werden. Die Provocation geht aber nicht auf Schadensersatz, sondern nur dahin, daß der Provocirte seine Nachrede beweise, oder gewärtige, daß ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde. Wenn also der Erbe selbst die unerlaubte Nachrede nicht fortsetzt, so ist er auch nicht verbunden, die Diffamation zu erweisen, und ihm kann das ewige Stillschweigen nicht auferlegt werden. Weber a. a. O.

(2) Einige behaupten, die Aufforderung zur Klage könne bey jedem Richter angebracht werden, weil der Provocant, als Beklagter in der Hauptsache, seinen Gerichtsstand prorogiren könne. Wernher 5. O. 109. Allein die freywillige Prorogation erfordert die Einwilligung beyder Parteyen und hängt nicht von einer Partey allein ab. Claproth summar. Proc. §. 271.

§. 87.

§. 40.

Provocationsschrift.

In der Provocationsschrift muß I) der Provocant die Diffamation, oder das Factum, was zu seinem Nachtheil vom Provocaten behauptet worden ist, erzählen (1).

Er muß II) die geschehene Diffamation, — wenn sie nicht durch gerichtliches Geständniß, oder auf andre Weise notorisch ist, — einigermaaßen beweisen, oder bescheinigen (2). Ein vollständiger Beweiß ist nicht erforderlich, sondern schon hinlänglich, daß die Diffamation einigermaßen wahrscheinlich gemacht wird.

Die Bescheinigung kann geschehen a) durch Urkunden, die in der Urschrift, oder in beglaubter Abschrift übergeben werden (3). b) durch Zeugen, auch durch einen vom Notar verfertigten Zeugen-Rotel. c) durch Eides-Delation. Nach der Praxi wird solche aber nicht für zuläßig gehalten (4).

III) Das Gesuch ist verschieden. Hat a) der Diffamant sich gerühmt, Ansprüche an den Provocanten zu haben, weshalb geklagt werden kann, so geht die Bitte dahin, „dem Diffamanten anzubefehlen, sein angemaaßtes Recht binnen Rechtsfrist klagend anzubringen, und zu erweisen, oder zu gewärtigen, daß ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde." Wenn hingegen b) der Diffamant blos etwas Nachtheiliges behauptet hat, weshalb ihm keine Klage gegen den Provocanten zusteht, so geht die Bitte dahin: „ihm aufzugeben, die Wahrheit seiner Diffamation binnen Rechtsfrist zu erweisen, oder zu gewärtigen, daß ihm ein ewiges Stillschweigen werde auferlegt werden."

IV) Die Rubric der Provocationsschrift richtet sich nach dem Gesuch. z. B. gemüßigte Aufforderung zur Klage (oder zum Beweise der Diffamation), von Seiten N., Provocantens, wider N., Provocaten, betreffend eine ungegründete Aussprengung.

(1) An sich kann die Provocation auch mündlich angebracht, und zu Protocoll genommen werden.

(2) Mev. 5. D. 258.

(3) z. B. durch den eigenhändigen Brief des Diffamanten.

(4) Mev. 3. D. 393. n. 2. 3. Wernher 1. O. 228. Ludovici Civil Proc. C. 5. §. 12.

§. 88.

Der Richter muß I) die Provocationsschrift genau prüfen. Findet er die Provocation zuläßig, so wird solche dem Provocaten zur Vernehmlassung mitgetheilt, oder auch demselben anbefohlen, seine Klage anzubringen, und die Diffamation, bey Strafe des ewigen Stillschweigens, zu beweisen.

II) Leistet der Provocat dem richterlichen Befehl keine Folge, so wird ihm auf die eingebrachte wiederholte Ungehorsamsbeschuldigung, ein ewiges Stillschweigen auferlegt.

Wenn hingegen III) der Provocat dem richterlichen Befehl Folge leistet, und sich auf die Provocation einläßt; so kann er die Diffamation entweder eingestehen, oder läugnen. Wenn er a) die Diffamation gesteht, und die Klage wegen der gerühmten Forderung anstellt, so hat der Provocationsproceß ein Ende. Das Verfahren richtet sich nach der Natur der angestellten Klage. Hat der Provocat blos nachtheilige Dinge nachgeredet, wes-

weshalb er nicht gegen den Provocanten klagen kann, so muß er die Wahrheit seiner Diffamation beweisen, und zeigen, daß der Diffamirte die schimpfliche Handlung begangen habe.

Läugnet b) der Provocat die Diffamation, so muß diese vom Provocanten bewiesen werden. Geschieht a) dies nicht, so wird der Provocat von der Provocationsklage entbunden. b) Ist hingegen die Diffamation erwiesen worden, so muß der Provocat seine Klage anbringen, und die Wahrheit der Diffamation erweisen; widrigenfalls wird ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt. c) Hat der Provocat blos Einreden vorgeschützt, die ihn von der Einlassung auf die Provocation befreien sollen, so wird nach Beschaffenheit der Einreden erkannt.

Tit. 2.

Von der Aufforderung zur Aufrechthaltung einer Einrede.

---

§. 89.

Begriff.

Die Provocation ex Lege: Si contendat, ist ein Rechtsmittel, wodurch der Provocant den vermeintlich Berechtigten auffordert, seine Klage anzubringen, oder auf die dagegen habende Einreden sich einzulassen, weil zu

zu besorgen, daß durch den Abschub, die Einwendungen verlohren gehen. Diese Aufforderung geht also auf die Erhaltung der Einreden, weil zu besorgen ist, daß sie dem künftigen Beklagten in der Hauptsache, durch den Aufschub der Klage, oder der Einlaßung auf die Einreden, verlohren gehen, oder unbrauchbar werden (1).

Hieher gehören z. B. folgende Fälle.

I) Titius ist dem Cajo 200 rthlr. schuldig. Ich verbürge mich für die Schuld, ohne der expeptioni excussionis, siue ordinis zu entsagen. Die Zahlungszeit ist vorhanden. Der Hauptschuldner ist zahlungsfähig. Ich kann also, wenn ich jetzt als Bürge in Anspruch genommen werde, die except. excussionis vorschützen und mich dadurch von der Klage und Bürgschaft ganz befreien. Allein der Gläubiger klagt nicht. Die Vermögensumstände des Schuldners fangen an, bedenklich zu werden, und ich besorge, daß der Gläubiger mich in der Folge belangen, und ich die exc. excussionis vergeblich vorschützen werde, weil alsdann der Schuldner unzahlungsfähig seyn möchte. Ich kann daher den Gläubiger ex L. si contendat auffordern, entweder seine Klage gegen mich, als Bürgen, anzubringen, oder auf meine Einrede der Ordnung, oder Zuvorausklagung des Schuldners, (exc.excusf.) sich einzulassen, damit selbige erhalten und in Sicherheit gestellt werde.

II) Zwey Bürgen, A und B, haben sich für eine Schuld verbürgt, jedoch der Theilungswohlthat nicht entsagt. Jeder Mitbürge haftet also nur für seinen Antheil. Allein A. fängt an, das Seinige zu verschwenden; B. besorgt daher, daß ihm in der Folge die exceptio divisionis nicht helfen werde, weil sein Mitbürge unzahlungsfähig seyn möchte. B. kann daher den Gläubiger ex L. si contendat auffordern, entweder jetzt zu klagen,

oder

oder sich auf die Einrede der Theilung einzulaßen, damit sie durch den Aufschub nicht verlohren gehe, sondern erhalten, und er mithin von der Bürgschaft zum Theil befreiet werde.

III) A. ist dem B. 50 rthlr. schuldig. Diese Schuld ist durch eine Gegenforderung aufgehoben worden, worüber jedoch A. keine Urkunde in Händen hat. B. klagt nicht, weil ihm die exceptio compensationis entgegensteht; er will aber auch nicht liquidiren. A. besorgt, daß künftig, nach seinem Ableben, seine Erben, welchen die Umstände nicht so genau bekannt sind, in Anspruch werden genommen werden. Er fordert daher den B. ex L. si contendat auf, jetzt zu klagen, oder auf die Einrede der Compensation sich einzulaßen, damit sie erhalten werde. — Eben diese Bewandniß hat es zuweilen mit der exceptione solutionis, metus, doli, pacti de non petendo, simulationis (2), u. a. m.

(1) Nach der Praxi, ist diese Provocation auch in andern Fällen zuläßig; de Friedensberg pract. c. 17. §. 3. und in append. fol. 806. nur muß der Gegner schon jetzt klagen können, und der Provocant, (der künftige Beklagte in der Hauptsache) befürchten, daß er durch den Aufschub der Klage Nachtheil leiden werde. z. B. Ein Bürge hat allen dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten entsagt. Er kann aber, wenn er für den Schuldner hat zahlen müssen, gegen diesen auf Entschädigung klagen. Hofacker pp. j. rom. §. 2039. Wenn er nun besorgt, daß der Schuldner unzahlungsfähig werden möchte, so kann er den Gläubiger auffordern, gegen ihn, den Bürgen zu klagen, damit er, der Bürge, gegen den Schuldner sofort seinen Regreß nehmen könne. Claproth summ. Proc. §. 285. n. 3.

(2) Wenn z. B. dem Käufer die exceptio simulationis gegen den Kaufcontract zusteht, so kann er den Verkäufer ex L. si contendat provociren, sich auf diese Einrede einzulaßen. Wernher, 5. O. 72. Ludovici Civil-Proceß C. 6. §. 2.

§. 90.

§. 90.

Grundsätze.

Die Provocation ex L. si contendat hat I) nur statt, wenn der Provocant Einreden hat, welche gegen die Klage des Provocaten zuläßig sind. Kann dieser also eine Executivklage anstellen, die auf klare Briefe und Siegel sich gründet, so muß die Einrede des Provocanten auch sofort liquide, oder erweislich seyn. Dies ist sie, wenn z. B. der Provocant die Urkunde, oder Quitung, wodurch er die Einrede der Zahlung, oder Compensation beweisen will, der Provocation in Abschrift beilegt und im Termin das Original zur Recognition producirt. Ist die Einrede illiquide, oder erfordert sie einen weitläuftigen Beweis durch Zeugen, so kann sie nicht gegen eine Executivklage zuläßig seyn (1).

Dem Kläger und Provocaten muß II) schon jetzt ein Recht zu klagen zustehen, und die Zeit vorhanden seyn, daß er klagen kann. Wenn ihm also jetzt noch kein Recht zu klagen zukommt, so kann er auch nicht zur Anstellung der Klage aufgefordert werden (2); ausgenommen, wenn blos von dem Rechte des Provocanten die Rede ist, und dieser dennoch den Gegner provocirt, mithin dadurch seinem Rechte entsagt.

(1) Ludovici Civ. Proc. C. 6. §. 6.

(2) Wernher 5. O. 72. Stryck prax. for. c. 5. §. 9. Claproth summ. Proc. §. 284.

§. 91.

Provocationsschrift.

In der Provocationsschrift erzählt der Provocant I) das Factum, weshalb der Provocat eine Klage gegen ihn habe, oder weshalb er von dem Provocaten eine Kla-

ge befürchte. Zugleich führt er die Einrede an, die ihm gegen die besorgliche Klage zusteht.

Der Provocant fügt II) den Grund hinzu, weshalb er in Gefahr sey, wenn er nicht jetzt mit seiner Einrede gehört würde.

III) Das Gesuch ist: die Provocationsschrift dem Provocaten mitzutheilen, und ihn zur Einlassung auf die Einrede vorzuladen (1), hernach aber zu erkennen, daß die Einrede wider des Provocaten Ansprüche bey Kräften bleibe (2). Will der Provocant die Einrede sofort durch Urkunden darthun, so bittet er, einen Termin zur Recognition der Urkunde anzusetzen und dem Provocaten die Recognition, bey Strafe der geschehenen Anerkennung, aufzuerlegen.

(1) Die Antwort auf die Einrede ist eigentlich keine Replic im Sinn des römischen Rechts; und so wie der Beklagte zwar zur Litis Contestation, nicht aber zur Vorschützung einer zerstörlichen Einrede verbunden ist, so ist auch der Provocat nicht zur Replic, auch nicht zur Anstellung einer Klage verpflichtet, obgleich ihm dies frey steht. Aber er muß auf die Einrede antworten, und auf selbige sich einlassen. Hertel ad Stryck. praxin for. (1721) c. 5. §. 2. S. 47

(2) Wernher 10. O. 315. Mencken Syst. Pand. 5. 1. §. 8.

§. 92.
Weiteres Verfahren.

Ist die Provocationsschrift eingereicht, so hat der Richter vorzüglich darauf zu sehen, ob der Provocant eine gegründete Ursache zur Aufforderung habe, und ihm daran gelegen seyn müsse, daß er jetzt seine Einrede geltend zu machen suche. Findet er dieses, so wird dem Provocaten aufgegeben, sich auf die Einrede einzulassen.

Ist nun I) der Provocat ungehorsam, so wird auf wiederholte Ungehorsams Beschuldigung, erkannt, daß die Einrede billig bey Kräften bleibe.

Ist II) der Provocat nicht ungehorsam, so kann er entweder seine Ansprüche klagend anbringen, oder sich auf die Einrede einlassen. Stellt er a) seine Klage an, so hört der Provocations-Proceß auf, und das Verfahren richtet sich nach der Natur der angestellten Klage. b) läßt er sich auf die Einrede des Provocanten ein, und läugnet sie, so wird dem Provocanten in der Regel die Bescheinigung seiner Einrede auferlegt, und dem Provocaten die Gegenbescheinigung vorbehalten. Gesteht der Provocat die Einrede, und entkräftet solche nicht, so wird für den Provocanten gesprochen, daß nämlich seine Einrede billig bey Kräften bleibe. Sucht er aber die Einrede durch eine Replic zu entkräften, und führt ein Factum an, wodurch die Einrede aufgehoben seyn soll, so muß der Provocat seine Replic erweisen.

Tit. 3.

Von der Provocation durch die Edictalcitation

---

§. 93.

Durch die Edictalcitation werden die Gläubiger und alle, die Ansprüche zu haben vermeinen, aufgefordert, sich zu melden und ihre Ansprüche an- und auszuführen, wofern sie nicht wollen, daß ihnen ein ewiges Stillschweigen auferleget werde. Zu dieser allgemeinen Aufforderung zur Klage mittelst einer öffentlichen Ladung gehören folgende Fälle.

I) Bey Eröfnung des Concurses müssen alle Gläubiger des Gemeinschuldners, die aus dem Concursvermögen ihre Befriedigung verlangen, öffentlich auf einen gewissen Termin citiret werden, ihre Forderungen zu liquidiren, oder zu gewärtigen, daß sie von dem Concurse ausgeschlossen werden.

II) Wenn Jemand eine Erbschaft mit dem beneficio inventarii antritt, und zu wissen wünscht, wie viel aus der Erbschaftsmasse zu bezahlen ist, so kann er um die öffentliche Vorladung der Erbschaftsgläubiger bitten.

III) Wenn das Vermögen des Verstorbenen, von welchem man glaubt, daß er keine Erben hinterlassen habe, für vacant erklärt, und dem Fisco zugewandt werden soll, so werden ebenfalls alle, die Anspruch an dem Nachlaß zu haben vermeinen, bey Verlust desselben, zu dessen Aufführung aufgefordert.

IV) Wenn der Käufer eines Grundstücks, bey Erwerbung des Eigenthums sicher gehen und die darauf haftende Hypotheken wissen will, so werden alle Gläubiger öffentlich vorgeladen, mit ihren hypothecarischen Forderungen und sonstigen Ansprüchen, bey Verlust derselben, sich zu melden. Eine solche öffentliche Ladung kann auch geschehen, wenn Jemand sein Pachtrecht an Jemanden abgetreten hat.

Auch wird dahin gerechnet V) das Aufgebot der Verlobten, wodurch jeder, welcher wider die Ehe der Verlobten etwas einzuwenden zu haben vermeinet, unter Verwarnung des ewigen Stillschweigens, solches zu gehöriger Zeit anzuzeigen aufgerufen wird (1).

(1) Carrach a. a. O.

VI Ab-

VI Abschnitt.

Vom Rechnungs-Proceß.

§. 94.

Verbindlichkeit zur Rechnungs-Ablegung.

Eine Rechnung ist ein deutliches und vollständiges Verzeichniß aller binnen einer bestimmten Zeit vorgefallenen Einnahmen und Ausgaben.

Sowohl in der Einnahme, als Ausgabe muß I) jeder einzelne Posten mit Bestimmung des Tages und Jahres, wie auch der Ursache der Einnahme und Ausgabe, — d. i. wofür er eingenommen, oder ausgegeben worden, besonders aufgeführt werden. Eine im Allgemeinen (in folle) aufgeführte Einnahme oder Ausgabe gilt nicht.

Es muß II) sowohl die Einnahme, als Ausgabe erwiesen und völlig klar gemacht, d. i. es muß jede Rechnung justificirt werden.

Rech-

Rechnungen müssen III) ein richtiges Inventarium, oder eine mittelst Eides bestärkte Specification zum Grunde haben; weil zuvörderst liquide seyn muß, worin das Vermögen besteht, wovon Rechnung abgelegt werden soll, ehe dieses berichtiget werden kann.

Claproth von Verfertigung und Aufnahme der Rechnungen. 1769. 8.

Wiedeburgs Anleitung zum Rechnungswesen. 1772. 8. und vorzüglich

Heinr. Arnold Lange vom Rechnungswesen und den dahin einschlagenden Rechten. Baireuth 1776. 4.

§. 62.

Zur Rechnungs-Ablegung ist IV) jeder Besitzer und Verwalter eines fremden oder gemeinschaftlichen Vermögens verbunden. Die Rechnung selbst muß dem Eigenthümer, oder Theilhaber abgelegt werden. Daher fordert 1) der Fiscus Rechnung von allen Verwaltern seines Vermögens; 2) die Kirchen und frommen Stiftungen, insofern sie etwas Eigenes besitzen, worüber eine besondere Administration und Rechnung geführt werden muß. 3) Communen; als Städte, Flecken, Dörfer, deren Vermögen unter einer Administration sich befindet. 4) Unmündige, Minderjährige und andere unter einer Curatel stehende Personen, als Abwesende, Verschwender, Wahnwitzige. Diese, oder an ihrer Stelle die Obrigkeit, sind befugt und verbunden, ihren Vormündern oder Curatoren Rechnung abzufordern. 5) Auch selbst der Vater oder die Mutter sind zur Rechnungs-Ablegung verbunden, insofern sie über ihre Kinder die Vormundschaft führen, und von deren Vermögen den Niesbrauch nicht haben. Hingegen sind sie hiezu

hiezu in Ansehung der eigenthümlichen Güter ihrer Kinder (bona adventitia), von welchen sie den Nießbrauch haben, nicht verpflichtet. 6) Der Schuldner von dem Sequester, und immittirten Gläubiger, in Ansehung der Früchte und Abnutzungen der Güter, worin sie eingewiesen sind. 7) Der Socius von seinem Socio. 8) Alle übrige Privatpersonen, deren Vermögen ganz, oder zum Theil von einem andern, als mandatario, oder negotiorum gestore, oder Miterben, — so auch vom Güterpfleger bey entstandenem Concurs, — verwaltet werden, haben von diesem Verwalter Rechnung zu erwarten. — Nur der antichretische Gläubiger ist in der Regel von dem ihm zum Genuß übergebenen Unterpfand einige Rechnung abzulegen nicht verbunden.

Ein Vormund und jeder anderer Rechnungsführer muß V) wenn er auch durch ein Testament von der Rechnungs-Ablegung frey gesprochen ist, dennoch Rechnung ablegen; und die testamentarische Disposition hilft ihm zu nichts weiter, als daß er culpam levem et levissimam zu praestiren verbunden ist.

Zur Klage wider einen Rechnungsführer ist VI) keine besondere Form vorgeschrieben. Nur der Vormund und sein Erbe kann mit der directen Vormundschaftsklage von seinen Curanden belangt werden. Wider andere Verwalter eines fremden Vermögens wird mit der actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel actione in factum praetoria verfahren. Das Gesuch der Klage geht dahin, den Rechnungsführer anzuhalten, Rechnung abzulegen, mithin dasjenige zu bezahlen, was er nach derselben schuldig bleibt.

§. 96.

§. 96.

Rechnungs = Proceß.

Der Rechnungsproceß ist ein unbestimmter (regelmäßiger) summarischer Proceß, welcher in einer Rechnungssache geführt wird. Er ist, insofern hier viele Posten vorkommen, ein zusammengesetzter Proceß. Unter Rechnungssachen sind hier solche Streitigkeiten zu verstehen, welche vor dem gehörigen Richter über die Richtigkeit einer von Jemanden abgelegten Rechnung geführt werden. Es wird hier blos entschieden, welche von den in einer abgelegten Rechnung enthaltenen Posten als richtig, oder nicht richtig anzusehen sind. Es ist also keine eigentliche Rechnungs = Sache, wenn blos darüber gestritten wird, ob Jemand Rechnung abzulegen verbunden, oder nicht verbunden sey; oder ob Jemand wegen einer schon abgelegten Rechnung sich weiterer Rechtfertigung zu unterziehen habe.

Die übergebene Rechnung wird als die Klage angesehen, und die Erinnerungen oder Einwendungen vertreten die Stelle der Einlassung. Nach hiesiger Praxi nimmt der Rechnungsproceß mit den Erinnerungen seinen Anfang. Die Monita werden als der erste Satz angesehen, und werden dem Rechnungsführer zur Beantwortung mitgetheilt.

Derjenige, der zur Rechnungs = Ablegung verbunden ist, kann a) freywillig seine Rechnung gerichtlich übergeben, um mit dem Andern in Richtigkeit zu kommen; b) oder weil gegen ihn auf Rechnungs = Ablegung geklagt, oder solche von der Obrigkeit, oder einem Ober-Collegio von Amtswegen gefordert war.

§. 97.

Die Rechnung kann entweder a) unter obrigkeitlicher Auctorität, (z. B. eine Vormundschaftsrechnung), oder b) ohne obrigkeitliche Concurrenz geführt und abgelegt werden. In jenem Fall sorgt die Obrigkeit dafür, daß Erinnerungen dagegen gemacht werden, und trägt dieses Geschäft gewöhnlich einer dritten Person auf, welche Monent, Revident, (Defectirer, Defectant) genannt wird, und ein Rechnungsverständiger seyn muß.

Die Erinnerungen, (monita, Rechnungsmängel, Ausstellungen) sind a) entweder allgemeine, — welche blos die Form der Rechnung und der Belege und die Pflichten des Rechnungsführers überhaupt betreffen; — b) oder besondere; welche gegen einzelne Posten der Einnahme und Ausgabe gerichtet sind.

Beyde Arten der Erinnerungen sind kurz, jedoch vollkommen deutlich, unter fortlaufenden Zahlen abzufassen. Bey den besondern Erinnerungen muß derjenige Posten, wider welchen sie gerichtet sind, mit Bemerkung der Zahl, (oder des Buchstabens) unter welcher der Posten in der Rechnung steht, und mit Anzeige der Seite der Rechnung angeführt werden.

Die Erinnerungen werden hierauf dem Rechnungsführer, (Rechnungsleger, Defectat) zugestellt, um jede derselben, in derselben Ordnung, welche der Monent gewählt hat, binnen einer bestimmten Frist zu beantworten. Erfolgt diese Beantwortung nicht, so klagt der Monent den Ungehorsam an, und bittet solche binnen einer anderweitigen Frist, bey einer gewissen Strafe, oder mit dem Androhen: daß widrigenfalls nach den Erinnerungen erkannt werden solle, zu erfordern.

§. 98.

Ist die Beantwortung der Erinnerungen erfolgt, so wird ein mündliches Verfahren darüber angestellt, und zu diesem Ende ein Termin zur Durchgehung der Erinnerungen und deren Beantwortung angesetzt. In diesem Termin, — wozu der Rechnungsführer, und nach den Umständen auch der Monent, vorgeladen wird, — geht der Richter mit denselben die einzelnen Erinnerungen durch; erklärt diejenigen, welchen durch die Beantwortung abgeholfen worden, für erledigt, und weiset in Ansehung der noch streitigen Puncte den Rechnungsführer und den Monenten an, über selbige in der Replic und Duplic weiter zu verfahren.

Endlich erfolgt das Urthel, vor dessen Abfassung der Referent jede Erinnerung, worüber entschieden werden soll, genau durchgehen und bey jedem Monito bemerken muß, was der Monent und der Rechnungsführer in Absicht desselben vorgebracht haben.

Hierauf werden die Defecte in folgende vier Classen gebracht: 1) die, weswegen der Rechnungsführer schlechthin zu entbinden ist: 2) die, weswegen er nur unter einer Bedingung entbunden werden kann. 3) die, weswegen er schlechthin zu condemniren ist. 4) die, weswegen zuvor interloquirt werden muß. In dieser Ordnung wird darauf das Erkenntniß, — welches ein End- oder Beweis-Urthel seyn kann, — abgefaßt.

Nettelbladt pract. Rechtsgelahrtheit. 1784. §. 309. 828.
Schmidts summ. Proc. 1791. von Eggers allgem. bürgerl. Proc. Ordnung. 1799. §. 1325.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mehlen, Friedrich August

Anleitung zum summarischen gerichtlichen Proceß

Berlin u.a. 1804

J.pract. 178 d
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554413-9